Das Prinzip des Gefahr-Übergangs beim Kauf.

Inaugural-Dissertation vorgelegt der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen von

Ernst Wismeyer, gepr. Rechtspraktikant
aus München

Approbiert am 13. Mai 1910

München 1910
Druck von Knorr & Hirth, G. m. b. H.

48

Das Prinzip des Gefahr-Übergangs beim Kauf.

Inaugural-Dissertation vorgelegt der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen von

Ernst Wismeyer, gepr. Rechtspraktikant
aus München

ACAD. LAND. BIBL.

Approbiert am 13. Mai 1910

München 1910
Druck von Knorr & Hirth, G. m. b. H.

Referent: Univ.-Prof. Dr. Binder.

Literatur-Verzeichnis.

A. Römisches bezw. gemeines Recht.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 1 1876, Bd. 2 1884.

Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts. Bd. 5. S. 350 ff.

Dernburg, Pandekten. 7. Auflage 1902.

Eck in Goldschmitts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 33 S. 141 ff.

„ in Holtzendorffs Rechtslexikon (Kauf).

Fuchs im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 34 S. 107 ff., 385 ff.

Gareis, Das Kaufgeschäft, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. 2 S. 540 ff.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Bd. 17.

Heiliger, Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen (Diss.) 1899.

Heimbach in Weiskes Rechtslexikon unter casus (1844).

Hofmann, Periculum beim Kauf. 1870.

Jehring, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 3 1859; Bd. 4 1861.

Karlowa in Grünhuts Zeitschrift S. 442.

Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Rechte. I ² S. 203, 1858.

Kohler in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 17.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. I, 1859.

Puchta, Pandektenvorlesungen. II, 1863.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Rechts. 1885.

Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 49.

Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag, in kritischer Vierteljahresschrift Bd. 13.

Soehngen, Beiträge zur Lehre von der Gefahrsnormierung beim Kauf. (Diss.) 1901.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts (4. Auflage).

Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv f. zivilistische Praxis Bd. 15.

„ Pandekten. 1880.

Wendt, Pandekten. 1888.

Windscheid-Kipp, Pandekten II. 1906.

B. Aelteres deutsches Recht.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1885.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1896.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II. 1886.
„ Die Gewere. 1872.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.
Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. 1869.
Lehmann in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904.
Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. 1855.
„ Die Auflassung des deutschen Rechts, in Jehrings Jahrbüchern der Dogmatik. Bd. 12.
„ Handbuch des deutschen Privatrechts. 1898.
Wilda in Weiskes Rechtslexikon. Bd. 6 S. 53. 1845.

C. Bürgerliches Gesetzbuch.

Die Kommentare I. zum BGB. von
Planck, Bd. 2, 3. Aufl.
Ortmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
Staudinger, Bd. 2 Abt. 1, 3./4. Aufl.
II. Zum HGB. von **Düringer-Hachenburg**. Bd. 3 1905.
III. Die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von
Dernburg, Bd. 2 Teil 2, 3. Aufl.
Crome, Bd. 2, 1. Aufl.
Cosack, Bd. 1, 4. Aufl.
Endemann, Bd. 1, 9. Aufl.
Enneccerus-Lehmann, Bd. 1, 4./5. Aufl.
Goldmann-Lilienthal, Bd. 1, 2. Aufl.
Kohler, Bd. 2, 1. Teil 1906.
IV. **Eccius** in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 41. S. 882 ff.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.
Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 17.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag. 1899.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1904.
Seufferts, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 63.
V. Motive eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Protokolle zu dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Einleitung.

§ 1.

Von dem Zeitpunkte, mit dessen Eintritt das Gesetz die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, schadet eine zufällige Verschlechterung bezw. der zufällige Untergang des Kaufgegenstandes dem Kaufpreisanspruche des Verkäufers nicht mehr. Den Schaden des Sachuntergangs bezw. der Sachverschlechterung hat vielmehr der Käufer zu tragen, welcher durch die nun eingetretene Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers nicht mehr von der ihm obliegenden Leistung — der Zahlung des Kaufpreises — befreit wird. Die Regeln vom Gefahrübergange beschäftigen sich sohin mit der Frage, von welchem Zeitpunkte an die erwähnten Momente im obligatorischen Verhältnisse des Käufers zum Verkäufer dem ersteren zum Nachteil gereichen, wann also das sog. periculum obligationis den Käufer trifft.

Es ist klar: läßt die Rechtsordnung den Gefahrübergang schon mit dem Vertragsabschlusse eintreten, so trägt dieses periculum obligationis immer der Käufer, der zahlen muß, auch wenn er die gekaufte Sache gar nicht oder nur in verschlechtertem Zustande erhält; knüpft die Rechtsordnung diese Wirkung dagegen erst an die vollständige Vertragserfüllung, so trägt prinzipiell der Verkäufer die Gefahr, der, solange nicht erfüllt ist, durch die erwähnten Tatsachen seines Kaufpreisanspruchs verlustig geht bezw. nur einen geminderten Kaufpreis erhält.

In einem früheren oder späteren Zeitpunkte als dem genannten kann natürlich von einem periculum obligationis nicht die Rede sein: denn vor dem Kaufabschlusse bestand keine obligatio und nach vollständiger Erfüllung des Kontrakts ist sie wieder erloschen. Hier kann daher nur das sog. periculum rei in Betracht kommen, das aber juristisch kein Interesse bietet; denn es ist selbstverständlich, daß der unmittelbare Sachschade in diesen Fällen den Eigentümer trifft: die einzige juristische Folge des Sachuntergangs ist hier das Erlöschen des

Eigentums (daher der Satz: „casum sentit dominus") oder des sonst an der Sache bestehenden dinglichen Rechts; die zufällige Verschlechterung dagegen hat nicht einmal diese einfache Rechtsfolge, sondern nur die wirtschaftliche Bedeutung, daß die dinglichen Rechte weniger wert sind.

Regeln über das Tragen des periculum obligationis und mithin über den Gefahrübergang darf man erst in einer Zeit erwarten, in der sich der Kaufvertrag bereits zum sog. Konsensualkontrakt entwickelt hat, die frühere Form des unmittelbaren Austausches von Leistung und Gegenleistung dagegen als Ausnahme erscheint. Dies ist natürlich erst der Fall mit dem Erwachen einer genügend starken staatlichen Exekutivgewalt und dem hiemit verbundenen Vertrauen auf Verwirklichung einer künftigen Leistung. Erst in diesen Zeiten erwächst der Rechtordnung die Aufgabe, sich mit dem Probleme des Gefahrübergangs zu beschäftigen.

Doch wäre es nicht richtig, würde man sagen, beim sog. „Barkauf" oder „Realkauf", wie er sich auch heute noch im Kleinverkehre des täglichen Lebens erhalten hat, könne die Frage nach dem Tragen des periculum obligationis nicht aufgeworfen werden. Leugnet man freilich für diesen Fall überhaupt das Bestehen eines obligatorischen Vertragsverhältnisses, so ist damit von vornherein der Frage nach dem Tragen des periculum obligationis der Boden abgegraben. Nimmt man dagegen — wohl mit Recht — an, auch dieser Realkauf stelle einen obligatorischen Vertrag dar, der entweder direkt nach den Regeln des Kaufvertrags oder doch analog diesen Regeln behandelt wird (vgl. die Literatur über diese Frage bei Ortmann, S. 319) und verpflichtet das Gesetz wie z. B. jetzt das B. G.-B. den Verkäufer a) zur Übergabe, b) zur Eigentumsverschaffung, hatte ferner die Übergabe nicht eigentumsübertragenden Effekt, läßt endlich die Rechtordnung den Gefahrübergang erst mit der Eigentumsübertragung eintreten, so besteht auch hier ein periculum obligations, welches der Verkäufer trägt (vgl. aber Crome, S. 414 Anm. 2; und dagegen wieder Kisch, S. 45 Anm. 2).

§ 2.

Es mag sein, daß in ältesten Zeiten, soweit hie überhaupt Normen für den Gefahrübergang bestanden haben, die Regeln über das Tragen des periculum obligationis, iuris publici waren, somit zwingendes Recht darstellten (vgl. hierüber: Hofmann, Periculum beim Kauf § 33 I), jedenfalls aber hat sich frühzeitig, wie auf dem ganzen

Gebiete des Obligationenrechts so auch in dieser Spezialfrage das Prinzip der Vertragsfreiheit entwickelt. Dieses Prinzip erwähnen manche Kodifikationen ausdrücklich, in anderen Rechten hinwider ergibt es sich daraus, daß überhaupt im Obligationenrechte, soweit nicht positiv für eine einzelne Frage ein Anderes bestimmt ist, allgemeine Vertragsfreiheit herrscht. Ausdrücklich hervorgehoben ist die Möglichkeit einer besonderen Parteivereinbarung, z. B. für das römische Recht in l. 1 pr. D. XVIII 6 .... sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit (vgl. auch l. 10 D. 18. 6). Auch Art. 204 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht bestimmt, daß die gesetzlichen Normen über diesen Gegenstand nur Geltung haben sollen, „sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen" (vgl. auch § 1051 des österreichischen a. b. G.-B.). Stillschweigend ist dieses oberste Prinzip der Vertragsfreiheit z. B. im B. G.-B. (vgl. Motive, Band II S. 324) anerkannt.

Eine große Kodifikation kann sich natürlich nicht damit begnügen, für wichtige Punkte, wie z. B. für die Bestimmung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs, lediglich dem Parteiwillen freien Spielraum zu lassen, sie muß vielmehr unbeschadet des obersten Prinzips der Vertragsfreiheit, ihrerseits ergänzende, zweckentsprechende Normen hiefür zur Verfügung stellen, da es die Parteien nicht selten unterlassen, wichtige Punkte des Vertrags selbst zu regeln, teils weil sie sich der möglichen Komplikationen zur Zeit des Vertragsschlusses gar nicht bewußt sind, teils, weil sie darauf vertrauen, daß die Lücken des Vertrags durch entsprechende gesetzliche Bestimmungen ausgefüllt werden.

Die Gesetzgebung aber wieder löst das Problem des Gefahrübergangs je nach dem Rechtsgefühl und dem Billigkeitsbewußtsein des Volks, für das die Normen Geltung haben sollen, in verschiedener Weise nur von der natürlichen Schranke eingeengt, daß das periculum obligationis das Entstehen bezw. Nichterloschensein einer obligatio zur selbstverständlichen Voraussetzung hat.

I. Teil.

Das römisch-rechtliche bezw. gemein-rechtliche Prinzip.

§ 3.

Nach römischem und gemeinem Rechte galt die Regel:

„periculum est emtoris,"

prinzipiell trug also der Käufer die Gefahr. Damit ist schon gesagt, daß er die Gefahr grundsätzlich sofort mit dem Abschluß eines gültigen Kaufes trug. Dieses Prinzip formuliert besonders prägnant jenes Werk Justinians, das als „Lehrbuch des römischen Rechts" bezeichnet zu werden pflegt, die Institutionen, welche nach der Publikationsverordnung „prima legum cunabula" bezw. „totius legitimae scientiae primae elementa" enthalten sollen, bei deren Abfassung es also galt, die Prinzipien, die leitenden Grundgedanken des römischen Rechts möglichst plastisch heraustreten zu lassen.

Diese klassische Stelle lautet (§ 3 J. de empt. 3, 23):

„Cum autem emptio venditio **contracta** sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur): periculum rei venditae **statim** ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, — aut aedes incendio — consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis — ablatus sit — emptoris damnum est."

Hier wird also scharf betont, daß zum Gefahrübergang der bindende Vertragsabschluß genügt, daß mit diesem Augenblick sofort die Gefahr auf den Käufer übergeht, und daß endlich deshalb die Tradition für den Gefahrübergang gleichgültig ist.

Auch in den Digesten findet sich dieses Prinzip an überaus zahlreichen Stellen klar ausgesprochen (vgl. dazu die Zitate der bekannten Pandektenlehrbücher und die folgende Darstellung): hie soll hievon

vorerst nur die L. 11 § 12 D. quod vi 43, 24 (Ulpianus) wegen der ganz auffälligen gleichen Formulierung hervorgehoben werden:

„Ego, si post in diem addictionem factam fundus praecario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. Si vero aut nondum traditio facta est, aut etiam facta est [et simul facta a venditore] est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit: nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen, antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere." . . . .

Auf diese Stelle müssen wir noch zurückkommen, da sie in neuerer Zeit in einer Weise mißdeutet worden ist, die lebhaften Widerspruch herausfordert.

Endlich finden wir das Prinzip auch im Codex Justinianus an verschiedenen Stellen formuliert, von denen einstweilen hier l. 4, C. de peric. 4, 48 (Gardianus) wiedergegeben sein soll:

„Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis inito de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non intervenit, periculo emptoris rem distractam in dubium non venit."

An dieser Stelle wird also hervorgehoben, daß über die Geltung des Prinzips kein Zweifel besteht.

Es leuchtet ein, daß dieses Prinzip nicht ausnahmslos verwirklicht sein konnte; es gab aber nach römischem Rechte noch Spezialfälle, in denen das Prinzip konsequent hätte durchgeführt werden können, und trotzdem in Abweichung davon der Gefahrübergang erst an Traditionshandlungen geknüpft wurde.

Das Prinzip konnte nicht verwirklicht sein beim sog. rein genetischen Kaufe, dies wegen vollständiger Unbestimmtheit des Leistungsgegenstands (wegen mangelnder Individualisierung oder Konkretisierung) zur Zeit des Kaufabschlusses. Davon aber später.

Untunlich wäre es auch gewesen, beim suspensiv-bedingten Kaufe ohne alle Rücksicht auf das Wesen der aufschiebenden Bedingung bezw. auf ihre Folge als des Aufschubs der Vertragswirkungen — eine solche ist ja zweifellos der Gefahrübergang — die Gefahr bereits mit dem bindenden Vertragsabschlusse übergehen zu lassen. Schwierigkeiten können sich natürlich beim suspensivbedingten Vertrage nur ergeben, wenn die Sache während des Schwebens der

Bedingung untergeht oder schlechter wird; denn, ist die Bedingung ausgefallen, so liegt für die Folge überhaupt kein Kauf mehr vor; tritt die Bedingung aber ein, so tritt von da an auch die bisher gehemmte Rechtswirkung des Gefahrübergangs ein. Während des Schwebens der Bedingung aber trägt nach römischem Rechte der Käufer die Gefahr der Verschlechterung, während die Gefahr des Untergangs beim Verkäufer verbleibt. (Vgl. l. 8 pr. D. de peric. 18, 6.)

Außer diesen Fällen war ferner das Prinzip des Gefahrübergangs nicht konsequent durchgeführt: a) beim sog. Spezieskauf mit Quantitätspreis (emtio ad mensuram), bei dem der Preis einer speziell bestimmten Masse nach Maß, Gewicht oder Zahl festzustellen war (vgl. l. 35 § 5 D. de c. e. 18, 1 auch § 6 eodem Gaius), ebenso b) beim sog. beschränkt generischen Kaufe, bei dem eine bestimmte, noch nicht ausgeschiedene Zahl von Stücken (Maß- oder Gewichtseinheiten) aus einer Masse heraus verkauft waren (l. 2 C. de periculo et commod. 4, 48, Alexander). In beiden Fällen wird der Gefahrübergang zweifellos erst an Erfüllungshandlungen (an das admetiri u. s. w. bezw. tradere) geknüpft. Über die Gründe für diese Ausnahmen herrscht keine Übereinstimmung. Darüber später.

Wir haben also den Ausgangspunkt von der emtio venditio contracta genommen und das Prinzip so formuliert, daß mit dem Abschlusse eines bindenden Kaufvertrags die Gefahr auf den Käufer übergeht. Im Anschlusse hievon haben wir die Fälle, in denen dies nicht der Fall ist, als Ausnahmen von dem Prinzipe dargestellt. Dabei müssen wir aber konstatieren, daß sowohl die Fälle unseres Prinzips wie auch die Ausnahmen von den Römern unter den Oberbegriff der emtio perfecta gebracht wurden und daß sich häufig die Formel findet: Perfecta emtione periculum est emtoris. Dies geht auf die sog. Paulinische Rechtsregel zurück (l. 8 pr. D. de peric. 18, 6):

„Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid quale, quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emptio."

Ein großer Teil der Rechtslehrer geht daher auch bei der Darstellung des periculum beim Kauf davon aus, daß perfecta emtione das periculum auf den Käufer übergehe. Dabei gewinnen sie den Vorteil, ihrer Darstellung eine Regel ohne Ausnahme zu Grunde legen

zu können. Es muß aber gleich bemerkt werden, daß hiemit im allgemeinen sachlich kein Unterschied von der anderen Darstellungsweise, die den Ausgangspunkt von der emtio contracta nimmt, bezweckt ist, da doch diese Schriftsteller (mit einziger Ausnahme Puntscharts, auf dessen Ansicht noch zurückzukommen sein wird) anerkennen, daß im Regelfalle des Spezieskaufs mit Einheitspreis, wozu noch der Kauf einer Masse um einen Einheitspreis kommt, emtio perfecta und emtio contracta identisch sind. Das von uns im Anschlusse an die Institutionen formulierte Prinzip erkennen sohin auch diese Schriftsteller an.

Den Ausgangspunkt von der emtio perfecta zu nehmen, empfiehlt sich unseres Erachtens deshalb nicht zur Abstrahierung des Prinzips, weil einerseits über diesen Begriff nichts weniger als Übereinstimmung herrscht und anderseits es sehr zweifelhaft erscheint, ob sich alle unsere Ausnahmen unter die genannte Paulinische Rechtsregel subsumieren lassen, endlich überhaupt mit dem Begriff der emtio perfecta mehr eine einheitliche Schablone — ein bloßer Begriff — als ein leitender Grundgedanke — ein Prinzip — gewonnen sein dürfte.

Hier sollen zunächst die hauptsächlichsten Ansichten über den Begriff der „Perfection" des Kaufs als Zeitpunkt des Gefahrübergangs erwähnt werden.

Glück bemerkt in seinem Pandektenkommentare (Band 17 S. 151), „daß man die Perfektion des Kaufs, von welcher bloß die verbindende Kraft desselben abhängt, von derjenigen Vollkommenheit unterscheiden müsse, mit welcher die Gefahr der Sache auf den Käufer übertragen werde." Hiezu sei (S. 152) nach der Lehre des Paulus dreierlei erforderlich:

1. Der Gegenstand müsse völlig und also nicht bloß der Gattung nach, sondern individuell nach Qualität und Quantität bestimmt sein.

2. Der Preis gewiß und 3. der Kauf unbedingt sein. Puchta (Vorlesungen, II § 360) geht bei seiner Darstellung, wie wir, davon aus, daß im allgemeinen contracta emtio und perfecta emtio identisch seien und führt die übrigen Fälle an, ohne sich über den Perfektionsbegriff weiter zu erklären.

Nach Wächter (Pand. II § 195 S. 426) ist der Kaufvertrag perfekt, wenn es unbedingt abgeschlossen ist und die zu leistenden Sachen konkret bestimmt sind.

Thöl (cf. R. I § 263 S. 266) erklärt als für den Gefahrübergang nötig die Perfektion des Kaufs im Sinne der emtio contracta, außerdem noch im Sinne der Paulinischen Rechtsregel.

Windscheid (Pand. II § 390) versteht unter emtio perfecta im Sinne des Gefahrübergangs den „vollendeten Kaufvertrag"; dieser setze voraus: a) individuelle Bestimmtheit der Sache, b) Eintritt der aufschiebenden Bedingung, c) beim alternativen Kauf Konzentrierung auf einen der mehreren alternativ geschuldeten Gegenstände.

Regelsberger (Archiv für Zivilistische Praxis Bd. 49) geht wieder wie wir davon aus, daß beim Spezieskauf emtio contracta auch emtio perfecta sei (S. 201); für die übrigen Fälle scheine die Wahl der Bezeichnung emtio perfecta bei den römischen Juristen einen doktrinären Grund gehabt zu haben, um beim Kaufvertrag den Übergang der Gefahr auf ein einheitliches Moment zurückführen zu können, wie dies die Paulinische Rechtsregel ausspreche.

Bechmann (Kauf I S. 689—91) versteht unter emtio venditio den „vollziehbaren" Kauf und ordnet diesem Begriff alle von uns besprochenen Fälle unter, während schließlich Puntschart (a. a. O. S. 215—16) unter emtio perfecta den „vollwirksamen" Kauf versteht; Vollwirksamkeit sei für den Verkäufer gegeben, wenn die Pflicht zur Tradition begründet sei, Vollwirksamkeit für den Käufer, wenn die Pflicht zur Kaufpreiszahlung eintrete: Voraussetzung hiefür sei wieder Tradierbarkeit der Sache und damit individuelle Existenz derselben (Bestimmtheit derselben nach dem quale und quantum) dann Zahlbarkeit des Kaufpreises, welche wieder subjektive Gewißheit des letzteren voraussetze.

Nach Dernburg (Pand. II § 96) geht mit der Perfektion des Kaufvertrags die Gefahr über. Zur Perfektion fordert er mindestens den Abschluß des Kaufvertrags, hält ihn aber nicht immer für genügend. Über den Begriff der Perfektion äußert er sich nicht weiter. (Ähnlich Wendt, Pand. § 251; Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Kauf" VI; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon unter casus B. 4 S. 578 ff. u. s. w.).

Auch Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsrechts (II § 270a) verlangt zum Gefahrübergang eine „gesteigerte Perfektion". Die Regel „periculum ad emtorem respicit" hält er nur für anwendbar, wenn es sich um einen nicht suspensivbedingten Spezieskauf mit verabredetem Einheitspreise handelt. Auch bei Gareis finden wir keine Aufklärung über diesen Oberbegriff der Perfektion.

Von den genannten Autoren (die Übersicht macht auf Vollständigkeit keinen Anspruch) haben also nur Bechmann und Puntschart eine wirkliche Erklärung des Perfektionsbegriffs versucht. Die übri-

gen Schriftsteller nehmen entweder wie wir den Ausgangspunkt davon, daß prinzipiell emtio contracta und emtio perfecta identisch seien, und stellen die übrigen Fälle als Ausnahmen hin (so z. B. Dernburg, Wendt, Eck u. s. w.), oder sie setzen für den Gefahrübergang die bekannten Ausnahmefälle in positive Voraussetzungen des Perfektionsbegriffs um, erkennen dabei aber wie erwähnt als Regel an, daß beim Spezieskauf mit Einheitspreis ohne Suspensivbedingung die Gefahr bereits mit dem gültigen Vertragsabschlusse übergeht (so z. B. Gareis, Glück, Windscheid u. s. w.). Damit ist freilich der Perfektionsbegriff nicht erklärt. Aber auch die Erklärungsversuche Bechmanns und Puntscharts befriedigen nicht.

Versteht Bechmann unter emtio perfecta den vollziehbaren Kauf, so wird dies zwar in der Regel zutreffen, aber gerade bei den hauptsächlich im Interesse stehenden Kaufarten (Spezieskauf mit Quantitätspreis und beschränkt generischer Kauf) genügt dieser Begriff nach den Quellenstellen nicht, letztere haben vielmehr zweifellos den bereits vollzogenen Kauf im Auge. Denn in l. 35 § 5 D. de c. e. 18, 1 heißt es mit Beziehung auf den Kauf einer Masse mit Quantitätspreisen (zum Unterschiede vom sog. Kauf in Bausch und Bogen, bei dem die Masse um einen Einheitspreis verkauft wird — emtio per aversionem — und für den unser Prinzip durchgeführt ist: „Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint“ .... (Vgl. dazu noch l. 35 § 6 D. 18, 1 für den sog. beschränkt generischen Kauf d. h. den Kauf einer Quantität aus einer bestimmten Masse heraus): Verissimum est quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Von letzterem Falle spricht auch l. 2 Cod. IV, 48: Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Es kann kein Zweifel sein, daß das admetiri mit dem tradere identisch ist, daß es nur eine konkrete Erscheinungsform des abstrakten tradere ist. Damit ist aber zugleich gesagt, daß hier nicht die Rede vom vollziehbaren, sondern vom vollzogenen Kauf ist. Puntscharts Erklärung aber ist entgegenzuhalten: Warum soll das admetiri u. s. w. nicht sofort beginnen können, warum soll die Tradierbarkeit beim Genuskaufe nicht auch wie beim Spezieskauf mit dem Kaufabschlusse gegeben sein? Warum soll ferner der Kaufpreis bei der sog. emtio ad mensuram

weniger zahlbar sein? Ist ja doch der Käufer nicht zur Vorausleistung verpflichtet und wird ja doch durch das admetiri sofort der Preis subjektiv gewiß, falls dies überhaupt, was sehr zweifelhaft erscheint und auch bestritten ist, eine Voraussetzung für den Gefahrübergang bildete! Zur Zeit des Gefahrübergangs ist doch ferner wegen der nach den Quellen in den genannten Fällen erforderlichen Tradition bereits wieder ein Teil der „Vollwirksamkeit" infolge der damit verbundenen Erfüllung erloschen.

Versteht man aber schließlich unter „Vollwirksamkeit" die derart vollständige Wirkung, daß durch sie eine Verschiebung in der Gefahrtragung hervorgerufen wird, und hält so den Begriff der emtio perfecta für erklärt (so z. B. Heiliger a. a. O. S. 15), so kommt man aus dem Zirkel nicht heraus. Wann geht die Gefahr über? Mit der Perfektion! Wann ist der Kauf perfekt? Wenn die Gefahr übergegangen ist!

Eine Einigung über den Begriff der Perfektion beim Kaufvertrage ist nicht mehr zu erwarten, da die Ansichten über die Gründe, warum bei den genannten zwei Spezialfällen die Gefahr nicht mit dem Kaufabschlusse übergeht, zu geteilt sind. Die weiteste Verbreitung hat die Ansicht, daß beim beschränkt generischen Kaufe der geschuldete Gegenstand vor dem admetiri noch nicht in die äußere Erscheinung getreten sei, und daß weiter beim Spezieskaufe mit Quantitätspreisen (sog. emtio ad mensuram) der Preis wenn auch objektiv bestimmt, so doch nicht subjektiv gewiß sei. Beides — Individualisierung des Leistungsgegenstandes — und — subjektive Bestimmtheit des Kaufpreises — sei nämlich nach der Paulinischen Rechtsregel erforderlich. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob Paulus, abgesehen von dem Eintritt der Suspensivbedingung, noch weitere Voraussetzungen dafür stellt, daß die emtio contracta zur emtio perfecta wird — jedenfalls behandelt er nur eingehend den Fall des aufschiebend bedingten Kaufs — so viel scheint aber sicher zu sein, daß die obige Begründung für den Aufschub des Gefahrübergangs mit der in den einschlägigen Quellenstellen sich findenden Begründung nicht im Einklange stehe. Lesen wir ja doch als Grund bezüglich der emtio ad mensuram in l. 35 § 5 D. 18, 1: „Quia quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulas metretas, aut in singulos modios, quos quasve admensus eris" ... Wenn hiezu gesagt wird, diese Stelle enthalte keine Begründung, denn „wer vergleicht, begründet nicht" (so Soehngen a. a. O. S. 17),

ferner (eodem) hier sei dieser Kauf nur in seiner „Wirkung verglichen mit einem bedingten" (a. a. O.), so ist dies selbstverständlich unrichtig. Denn erstens geht aus dem „Vergleich" jedenfalls negativ hervor, daß die subjektive Ungewißheit des Kaufpreises nicht als Grund des Aufschubs des Gefahrübergangs angesehen wurde, denn wäre dies der Fall gewesen, so hätten die Juristen wohl diesen Grund in der Stelle angegeben, sodann liegt doch der Nachdruck auf dem videtur fieri, so daß nicht auf den Wirkungen, sondern auf der Art des Abschlusses des Kaufs der Nachdruck liegt. Richtig scheint allerdings, daß man den Kauf nicht als bedingten im Sinne der Paulinischen Rechtsregel betrachten darf, denn sonst würden die römischen Juristen nicht von einer „quasi" condicio sprechen. Dagegen deutet die Erwähnung der condicio immerhin auf den zu unterstellenden Parteiwillen als Ursache des Aufschubs des Gefahrübergangs hin. Es scheint die Ansicht derer berechtigt (vgl. die Angaben Regelsbergers in: Kritische Vierteljahresschrift, B. 13 S. 107 ff.), die der Ansicht huldigen, daß bei dieser Art der Preisvereinbarung der Parteiwille dahin ging: es solle so vielmal der Preis für die Maßeinheit bezahlt werden, als Scheffel zugewogen, Stücke zugezählt würden u. s. w.; was vor diesem Akte zugrunde gehe, brauche vom Käufer nicht bezahlt zu werden. Diese Ansicht scheint um so mehr berechtigt, als kein Grund dafür spricht, daß die Römer den Fall nicht ebenso beurteilten, wenn Käufer und Verkäufer darüber einig waren, wie viele solche Maßeinheiten die verkaufte Masse enthalte, sohin von einer subjektiven Ungewißheit des Preises nicht die Rede sein kann, die Unterstellung einer wirklichen Bedingung aber mit l. 35 § 7 D. 18, 1 (die zwar zunächst nur vom beschränkt generischen Kaufe handelt, die aber doch wohl dieselbe sachliche Entscheidung treffen will — vgl. die Worte „sed et si" — wie die vorhergehenden Stellen), wonach „omne periculum — also interitus und deteriorationis — ad venditorem pertinet" nicht zu vereinbaren ist. Mit mehr Grund könnte man sich für den beschränkt generischen Kauf auf die Paulinische Rechtsregel stützen, wenn man etwa annimmt, daß mit den Worten: „Et si id, quod venierit, appareat, quid quale quantum sit" ausgesprochen sei, die Sache müsse zunächst zur individuellen Existenz gekommen sein, damit die Gefahr übergehen könne; denn da die Masse als solche nur das Material bildet, die zur Bildung der species mittelst des admetiri dient, ist zum Unterschiede vom alternativen Kaufe, bei dem von vornherein mehrere species vorhanden sind, von dem admetiri eine

species nicht vorhanden. Ob dies aber die quellenmäßige Auffassung über den Grund für den Aufschub des Gefahrübergangs beim beschränkt genetischen Kaufe ist, muß bezweifelt werden. Es scheinen vielmehr die beiden fraglichen Kaufarten aus dem gleichen Grunde — denn in beiden Fällen kommt es zu einem admetiri u. s. w. — in gleicher Weise behandelt worden zu sein. Hiefür spricht namentlich der Zusammenhang des l. 35 § 7 D. 18, 1 mit den unmittelbar vorhergehenden Stellen, ferner auch l. 1 § 1 D. 18, 6, wo in ähnlicher Weise gesagt wird „priusquam admetiatur vinum prope quasi nondum venit". Auch hieraus dürfte hervorgehen, daß der Kauf nach damaliger römischer Rechtsanschauung, dem Parteiwillen entsprechend, noch „fast nicht als verkauft" und der Kauf somit als imperfekt erschien.

Wie dem im einzelnen auch sei, es genügt hier festzustellen, daß zwar über den Perfektionsbegriff noch viele Zweifel bestehen, aber doch soviel nicht bestritten werden kann (auf Puntscharts abweichende Ansicht ist noch später zu kommen): im Regelfalle des Spezies-Kaufs mit Einheitspreis galt nach römischen Recht der Satz: contracta emtione periculum est emtoris. Hier waren emtio contracta und emtio perfecta tatsächlich identisch. Daß aber ein weiterer leitender Grundgedanke die übrigen Fälle umfaßt, in denen für den Kauf und speziell für den Gefahrübergang eine „gesteigerte Perfektion" verlangt wurde, läßt sich mit Sicherheit nicht erweisen und Regelsberger dürfte darin recht haben, daß die Wahl der Bezeichnung emtio venditio perfecta für die von uns geschilderten Ausnahmen bei den römischen Juristen einen doktrinären Grund gehabt habe, um den Gefahrübergang auf ein einheitliches Moment zurückführen zu können.

Wir wenden uns nun zu den Versuchen, den Satz „periculum est emtoris" als gar nicht dem römischen Rechte entsprechend hinzustellen. Von diesen Versuchen erwähnen wir zunächst den des französischen Rechtslehrers Cuiacius, der sich insbesondere auf die l. 33 D. locat. 19, 2 und l. 13—15 D. de per. 18, 6 stützt, Stellen, in denen zweifellos die Tradition, entgegen unserer Regel, mit dem „periculum" in Verbindung gesetzt ist. Da aber eine kritische Betrachtung dieses Versuchs kaum mehr Neues zu Tage fördern dürfte, mag es genügen, darauf hinzuweisen, daß Cuiacius selbst seine Ansicht später wieder zurückgenommen hat, daß ferner die fraglichen Stellen teils aus einer Verletzung der custodia seitens des

Verkäufers, teils aus dem „Außerordentlichen" des einzelnen Falles (so die „Publicatio" in l. 33 D. locati 19, 2) erklärt wurden und daß jedenfalls diese wenigen bedenklichen Stellen die überaus zahlreichen anderen Stellen, in denen unser Prinzip klar ausgesprochen ist, nicht zu erschüttern vermögen. In neuerer Zeit hat Puntschart in seiner Monographie „Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts" in ausführlicher Darstellung unsere Regel als „nachrömische Irrlehre" bezeichnet und den Satz aufgestellt, daß den Käufer nach römischem Rechte die Gefahr nur treffe entweder nach geschehener Tradition oder dann, wenn die Tradition des Käufers wegen unterblieben sei. Im Gegensatze zu den übrigen Autoren, die trotz Ausgangs von der „emtio perfecta" unsere Regel anerkennen, leugnet Puntschart, ausgehend von seinem Perfektionsbegriff, daß auch beim Spezieskauf mit Einheitspreis die Gefahr mit dem bindenden Vertragsabschlusse übergeht, und behauptet, die Gefahr treffe, abgesehen vom Falle der vollzogenen Tradition, den Käufer nur, falls er die causa efficiens für das Unterbleiben der Tradition bilde. Dabei will Puntschart keineswegs nur einen neuen Erklärungsversuch, über die wir später noch referieren, für unsere Regel aufstellen, er nimmt nicht etwa an, es spreche eine praesumptio iuris et de iure dafür, daß der Käufer die causa efficiens für das Unterbleiben der Tradition sei, vielmehr verlangt er (a. a. O. S. 362 Anm. 1) ausdrücklich, daß im einzelnen Falle wirklich die Urheberschaft des Käufers hinsichtlich des Aufschubs der Tradition festgestellt werde.

Puntschart nimmt seinen Ausgangspunkt von der Paulinischen Rechtsregel und hält, wie schon erwähnt, die Perfektion in dem Zeitpunkt für gegeben, wo die Traditionspflicht bezw. die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises entsteht. Mit der Tradition führt er aus, gehe die Gefahr über, hiefür bedürfe es keines weiteren Beweises, aber auch dann trete der Gefahrübergang ein, wenn der Verkäufer zur Tradition effektiv bereit sei, letztere aber des Käufers wegen unterbleibe (a. a. O. S. 218). „Das was Übergang der Gefahr genannt wird," fährt er fort, „ist also die vom Gesetze aus Gründen der Billigkeit verfügte Überwälzung des kasuellen Schadens von dem, welcher davon in Wirklichkeit betroffen wurde, auf den, welcher davon zwar nicht betroffen wurde, aber betroffen worden wäre, wenn die Tradition nicht seinetwegen unterblieben wäre." Hiegegen hat sich bereits Eck in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handels-

recht B. 33 S. 141 zutreffend geäußert: „Gegen diese Interpretation (der Paulinischen Rechtsregel) muß nun aber der ebenso einfache, als durchgreifende Einwand erhoben werden, daß von der effektiven Leistungsbereitschaft des Verkäufers und von dem Unterbleiben der Tradition um des Käufers willen in der Stelle auch nicht ein Sterbenswörtchen steht." Derselbe Einwand muß aber auch gegen Puntscharts Auslegung der sämtlichen übrigen „Belegstellen für den durch die Interpretation der l. 8 pr. D. de peric. 18, 6 gewonnenen rechtlichen Zusammenhang der emptio venditio mit der Tradition bezw. der ins Werk gesetzten Bereitschaft zu derselben" (Puntschart a. a. O. S. 234—263) erhoben werden.

Wenn Puntschart (a. a. O. S. 31) bemerkt, es könne gewiß nur übel vermerkt werden, daß diese Regel (d. h. unser Prinzip) nicht einmal für das ganze Gebiet des Kaufes, sondern lediglich nur für eine Art desselben, nämlich für den Spezieskauf brauchbar erscheine, so kann es andererseits nur übel vermerkt werden, daß es diesem Autor (a. a. O. S. 262, 3) nicht gelungen ist, über die von uns an die Spitze gestellte Institutionenstelle hinwegzukommen.

Es bleibt ihm nach seiner eigenen Erklärung nur die Alternative, daß hier entweder vor dem Worte statim das „et" ausgefallen sei (hierüber ist noch zu sprechen), welches diesem Worte in der l. 11 § 12 D. 43, 24 gewiß nicht umsonst vorangesetzt sei, oder den Verfassern der Institutionen den Vorwurf oberflächlicher Behandlung einer wichtigen Lehre zu machen! Dieser Vorwurf kann aber die Verfasser der Institutionen nicht treffen, denn die von Puntschart unmittelbar vorher (S. 261) besprochene Stelle sagt mit den nämlichen Worten genau dasselbe wie der bekannte Lehrsatz der Institutionen. Auch diese Stelle (l. 11 § 12 D. quod vi 43, 24) haben wir eingangs schon zitiert.

Dazu bemerkt Puntschart: es sei bei dieser Stelle vor allem zu beachten, daß es (anders als in der Institutionenstelle) nicht heiße „statim post venditionem contractam", sondern „et statim" und daß hier „et" für etiam gebraucht sei; es sei daher hier nur gesagt, daß es auch Fälle gebe, in welchen die Gefahr sofort nach Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer übergehe; hiemit aber seien die zahlreichen Fälle der Traditionsbereitschaft des Verkäufers gemeint; hier würden also die verwirklichte Tradition und die Traditionsbereitschaft einander gegenüber gestellt. Ein Blick auf die fragliche Quellenstelle muß zeigen, daß hier Puntschart, um auf jeden Fall die Stelle

seiner Schablone von der effektiven Leistungsbereitschaft und der causa efficiens des Käufers für das Unterbleiben der Tradition gefügig zu machen, direkt unrichtig übersetzt hat; denn man sieht sofort, daß dem „et“ vor statim das „et“ vor tamen korrespondiert, sohin von „et“ gleich etiam keine Rede sein kann, vielmehr dieses et-et nichts anderes als „einerseits“ — „andrerseits“ bedeutet. Es ist also durchaus nicht gesagt, daß es „auch Fälle gibt“, vielmehr ist allgemein d. h. als Prinzip betont, daß einerseits sofort mit dem Kaufabschlusse die Gefahr auf den Käufer übergeht, daß aber andrerseits noch niemand behauptet hat, das interdictum (quod vi aut clam) stehe dem Käufer zu, bevor die Tradition in irgend einer Form stattgefunden habe. Nicht die verwirklichte Tradition und die Traditionsbereitschaft werden neben einander erwähnt, sondern es wird klipp und klar die Unabhängigkeit des Gefahrübergangs von der Tradition betont, und von der Leistungsbereitschaft enthält die Stelle auch nicht eine Spur. Ja, es ist sogar, wenn es in dieser Stelle übereinstimmend mit der Institutionenstelle heißt, „s t a t i m post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat“ die ganze Lehre Puntscharts, wonach im einzelnen Falle die effektive Leistungsbereitschaft des Verkäufers bezw. die Ursache des Käufers am Traditionsaufschub festgestellt werden müsse, glatt widerlegt; denn mit den zitierten Worten ist in unbestreitbarer Weise gesagt, daß ohne Rücksicht auf die Individualität des einzelnen Falles s o f o r t mit dem Kaufabschlusse den Käufer die Gefahr trifft.

Man muß sich auch weiter wundern, wie P u n t s c h a r t zu der Behauptung kommt, U l p i a n sage hier, es stehe im fraglichen Falle das interdictum quod vi aut clam nur dem Verkäufer zu, wiewohl „i n f o l g e d e r T r a d i t i o n“ der Käufer die Gefahr des Grundstücks trage. Die Worte „infolge der Tradition“ sind ein ganz unzulässiger, weil der Stelle vollständig unbekannter, ja ihrem Sinne direkt widersprechender Zusatz Puntscharts. Damit widerlegt sich von selbst der Versuch in der bekannten Institutionenstelle vor statim das Wörtchen „et“ in der Bedeutung von etiam zu setzen; denn dieses „et“ ist ja in dieser Bedeutung der Stelle, aus der es entlehnt werden soll, selbst fremd. Auch der Vorwurf der oberflächlichen Behandlung der Frage, den P u n t s c h a r t den Verfassern der Institutionen zu machen geneigt ist, erscheint damit in einem eigentümlichen Lichte, da doch erhellt, daß Institutionen und Digesten hier wörtlich übereinstimmen und das Prinzip des Gefahrübergangs so zweifelsfrei herausstellen, daß jeder Versuch, seine Geltung zu bestreiten, von vornherein als aussichtslos erscheint.

Es versteht sich, daß Puntschart bei den „Belegstellen", die nicht direkt das Gegenteil seiner Lehre enthalten, wesentlich leichteres Spiel hat. Es folgt zunächst in der Behandlung (a. a. O. S. 259 ff.). Die l. 5 § 2 de rescind. vend. 18,5 (..... mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat); auch diese Stelle betont wieder scharf die Unabhängigkeit des Gefahrübergangs von der Tradition, während sie von der Leistungsbereitschaft — als etwas Gleichgültigem — vollständig schweigt. Wenn aber Puntschart (a. a. O.) hiezu bemerkt: „Gewöhnlich (!) wird das Kaufobjekt feilgeboten, der Feilbieter aber ist zur Tradition desselben bereit, und wenn er wie im vorliegenden Falle den Kaufvertrag bereits abgeschlossen hat, dann liegt es in seinem Interesse sich sobald als möglich von der Haftung aus der custodia zu befreien, die Tradition sobald als möglich zu vollziehen, und die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen. Es ist also wohl auch (!) in diesem Falle anzunehmen, daß die Tradition des Sklaven nur des Käufers wegen unterblieben ist", so glauben wir es einfach nicht mehr, wenn er (a. a. O. S. 362 Anm. 1) behauptet, er präsumiere — im Gegensatze zu Jehring — nicht die Urheberschaft des Käufers für das Unterbleiben der Tradition, sondern fordere, daß wirklich im einzelnen Falle diese Urheberschaft vorhanden sei. Es ist jedenfalls merkwürdig, daß in den vielen Quellenstellen, die er anführt, auch nicht eine einzige zu finden ist, in der als Ursache des Gefahrübergangs der anscheinend doch so wichtige durch den Käufer verursachte Traditionsaufschub bezw. die effektive Leistungsbereitschaft des Verkäufers klar und deutlich ausgesprochen ist, während sich doch das Gegenteil der Lehre Puntscharts so zwanglos und leicht verständlich aus den Quellen beweisen läßt. Das was Puntschart in der in Frage stehenden Quellenstelle ausgeführt hat, läßt sich ebenso bei jeder anderen Stelle und zwar mit derselben Berechtigung — aber auch ohne die Berücksichtigung der Individualität des einzelnen Falles, die ja bei der Kürze der fragmenta gar nicht mehr nachgeprüft werden kann, — ausführen. Die Haftung für custodia ist doch übrigens nicht gar so schlimm, daß der Verkäufer in jedem Falle darnach trachten müßte, nur ja schleunigst den Besitz auf den Verkäufer zu übertragen, d. h. zu tradieren, und das periculum, das allein eine derartige Hast des Verkäufers begreiflich machen würde, trifft ihn ja nach richtiger Ansicht nicht.

Besonders auffällig ist Puntscharts Interpretation der l. 34 § 6 D. de e. e. 18,1 über den alternativen Kauf: „Si emptio ita facta

fuerit: ‚Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus', in potestate est venditoris, quem velit dare, sicuti in stipulationibus, sed uno mortuo, qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt pretium dabitur: unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere.....“

Auch diese Stelle enthält nichts über das Erfordernis des vom Käufer verursachten Traditionsaufschubes. Um zu seinem Prinzipe zu kommen, benützt Puntschart (S. 255 ff.) das beim alternativen Kauf bestehende Wahlrecht. Als kausal kann natürlich, — wie schon Eck (a. a. O. S. 145) hervorgehoben hat — für den Traditionsaufschub in beiden Fällen entweder nur die Einräumung des Wahlrechts oder nur die Nichtausübung des Wahlrechts angesehen werden; dann hat im ersten Falle (Wahlrecht des Verkäufers) der Käufer diesen Aufschub verursacht, im zweiten Falle aber (Wahlrecht des Käufers) der Verkäufer. Und doch entscheidet die Stelle beide Fälle hinsichtlich des Gefahrübergangs gleich! Dieses Ergebnis paßt aber offenbar zu Puntscharts Lehre nicht, der sich ebenso einfach als ungenügend mit der Annahme hilft, im ersten Falle sei die Einräumung des Wahlrechts, im zweiten Falle dagegen die Nichtausübung dieses Wahlrechts durch den Käufer kausal gewesen. Eine derartige Inkonsequenz wollen wir aber den römischen Juristen doch nicht zumuten. Entweder war der Traditionsaufschub die Ursache der Gefahrnormierung, dann konnten die beiden Fälle nicht einheitlich entschieden werden, oder der ganze Traditionsaufschub ist für unsere Frage ganz belanglos, dann und nur dann können wir die gleichheitliche Entscheidung der Stelle begreifen.

Wenn übrigens Puntschart hier ausführt, durch die Einräumung des Wahlrechts an den Verkäufer habe der Käufer auf die sofortige Tradition verzichtet, so müssen wir fragen, warum dies? Es kann ja doch trotz Einräumung des Wahlrechts die Tradition sofort bewirkt werden, und die Wahlrechtseinräumung ist überhaupt für die Frage, wann tradiert werden soll, ganz belanglos. Auch kann von einem „Verzichte“ auf die sofortige Tradition natürlich keine Rede sein, denn erst der einzelne Vertrag setzt fest, ob dem Käufer dieses Recht zustehen soll.

Die Deutung der l. 14 pr. D. de furt. 47, 2 durch Puntschart (S. 254/5) enthält wieder nichts als eine bloße Präsumption des bekannten Traditionsaufschubs. Puntschart begründet hier wie bei

der besprochenen l. 5 § 2 de rescind. vend. 18, 5; neue Ausführungen sind hier nicht veranlaßt. Nur die Behauptung Puntschart's, es sei bei dieser Stelle das periculum des Käufers mit der Tradition in rechtlichem Zusammenhange gebracht (a. a. O. S. 255), muß ausdrücklich zurückgewiesen werden. Denn schärfer als in der Stelle kann die Unabhängigkeit des Gefahrübergangs von der Tradition gar nicht mehr herausgestellt werden: „Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit“ ..... „Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.“ Nach dem Kaufabschlusse hat also der Verkäufer nur mehr custodia zu prästieren, das periculum dagegen trifft den Käufer.

Eine Reihe von Quellenstellen, die Puntschart für seine Lehren in Anspruch nimmt, können wir zusammenfassen, denn sie sagen gemeinsam, daß den Käufer mit dem Kaufabschlusse die Gefahr trifft, falls sich der Verkäufer nicht in mora tradendi befunden hat: so l. 14 und 15 D. de jure dot. 23, 3; l. 6 C. de peric. 4, 48; l. 4 C. de peric. 4, 48 (vgl. Puntschart S. 243 ff). Nach Puntschart liegt in allen Fällen bei Verneinung der mora tradendi bereits der Beweis für den durch den Käufer verursachten Traditionsaufschub vor. Es ist aber doch in diesen Stellen genau dasselbe enthalten wie in den besprochenen; denn daß mora tradendi dem Verkäufer die Gefahr zuwälzt, ist ganz selbstverständlich, die von der mora tradendi in den angeführten Quellenstellen handelnden Worte können ohne Beeinträchtigung des Sinnes vollständig gestrichen werden, und an vielen anderen Stellen ist ja — weil selbstverständlich — von der mora tradendi nicht die Rede. Ihre Erwähnung in den vorhin zitierten Stellen ist ebenso wenig etwas Besonderes, wie z. B. in l. 5 Cod. IV 48 die Erwähnung, daß die Entscheidung nur gelte, wenn dem Käufer keine Bedingung beigesetzt sei. Damit, daß die Quellen negativ voraussetzen, der Verkäufer dürfe sich nicht in mora tradendi befinden, ist noch nicht gesagt, daß sie positiv voraussetzen, der Käufer müsse die Ursache des Traditionsaufschubs gewesen sein. Ist ja doch nach herrschender Lehre für die mora debitoris auch culpa debitoris erforderlich, so daß nicht etwa notwendigerweise gesagt werden muß, der Käufer hat immer den Traditionsaufschub verursacht, wenn sich der Verkäufer nicht in mora tradendi befindet. Man braucht sich nur die Skala Bechmanns (II S. 104 Anm. 1) vor Augen zu halten, um auf die Unhaltbarkeit dieser Ansicht zu kommen.

Auch die l. 17 (16) D. de peric. 18, 6 spricht nicht für die Ansicht Puntschart's (S. 244/5): denn die Pointe der Stelle liegt keineswegs darin, daß der Käufer den Kaufpreis nicht bezahlt hat, sondern darin, daß die Tradition nicht erfolgt ist („quoniam non videtur tradituris" ...). Gerade diese Stelle beweist wieder, wie nach den Quellen nicht die Tradition das entscheidende Moment bildet, und wie die effektive Leistungsbereitschaft mit dem durch den Käufer verursachten Traditionsaufschub etwas den Quellen vollständig Unbekanntes bezw. Gleichgültiges ist.

Daß unsere Regel nicht gilt für den Weinkauf mit Degustations-Vorbehalt, erscheint als ganz natürlich, denn dieser Kauf ist ein bedingter und zwar nach der eigenen Ansicht Puntschart's ein aufschiebend bedingter (vgl. a. a. O. S. 246 ff.); daß aber für den suspensivbedingten Kauf unsere Regel nicht gilt, haben wir bereits festgestellt.

Damit erledigen sich (vgl. Puntschart S. 246 ff.) die l. 1 pr. D. de peric. 19, 6, l. 4 pr. D. 18, 6. Was aber für den Weinkauf ohne Degustationsvorbehalt gilt, sagt deutlich l. 4 § 1 D. de per. 18,6: Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est: ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere (nebenbei bemerkt kann mit dem „aversione vendere" nicht der Degustationsvorbehalt gemeint sein, wie Puntschart a. a. O. S. 246 annimmt, sondern nur der Gegensatz zum Kauf nach Quantitätspreisen). Auch diese Stelle spricht unser Prinzip so deutlich wie nur irgend möglich aus von der Tradition bezw. der effektiven Leistungsbereitschaft ist mit keiner Silbe die Rede. Auch nach dieser Stelle hat, vom Kaufabschlusse an, der Verkäufer nur mehr custodia zu prästieren, dagegen trifft „omne periculum" den Käufer. Etwas anderes sagt auch die l. 16 D. de peric. 18, 6 nicht, mag man auch das tollere im Sinne Puntschart's als die „einseitige Tätigkeit des Wegbringens oder Wegführens" auffassen, so geht doch aus der Stelle nicht hervor, „daß die Tradition bereits geschehen sei" oder „daß sie des Käufers wegen unterblieben sei", obwohl der Verkäufer dazu effektiv bereit gewesen sei, denn der Zeitpunkt antequam tollerentur, kann doch auch vor den bezeichneten Umständen, also schon mit dem Kaufabschlusse, gegeben sein.

Es bleiben somit als bedenklich nur die schon von Cuiacius hervorgehobenen Stellen übrig, über die schon referiert wurde. Von neuem in den Streit über die Bedeutung dieser Stellen einzutreten,

liegt kein Anlaß vor. Die bedeutendsten gemeinrechtlichen Schriftsteller haben diese Stellen zu erklären gesucht, ohne daß Übereinstimmung erzielt worden wäre, und neue Gesichtspunkte lassen sich wohl kaum mehr zu Tage fördern; jedenfalls aber kann man mit Wächter (Archiv f. ziv. Prx. 15. Band S. 191) sagen, daß der Inhalt der in Rede stehenden Stellen nicht der Art sei, daß dadurch die vielen und so klar und bestimmt vom periculum emptoris in unserem Sinne sprechenden Stellen entkräftet werden können. Dernburg (Pand. II § 96, Anm. 2) hat daher Recht, wenn er von unserer Regel sagt: „Sie steht fest, wenn auch einige Stellen bedenklich sind."

Darüber, wie dieser Satz „periculum est emtoris" sich erkläre, liegen eine Menge der allerverschiedensten Ansichten vor, von denen die hauptsächlichsten der Vollständigkeit halber hier angeführt werden sollen. Wächter (Archiv f. Ziv. Prx. Band 15, S. 189) leitet den Satz, als auf allgemeinen Prinzipien beruhend, aus den beiden Sätzen ab: Impossibilium nulla est obligatio — daher werde der Verkäufer durch den Sachuntergang befreit — und casus a nullo praestatur — daher braucht er auch keine aestimatio zu leisten. Gegen diese Erklärung ist fast allseits mit Recht bemerkt worden, daß mit diesen Sätzen vollständig unerklärt bleibe, warum die Verbindlichkeit des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises fortdauere, ein Einwand, der durch den Hinweis, es bestehe für den Käufer keine Unmöglichkeit der Leistung, nicht entkräftet wurde, da eine derartige Rechtfertigung dem Wesen der gegenseitigen Obligationen widerspricht.

Eine Reihe von Schriftstellern (Koch Recht der Forderungen nach gem. und preuß. Recht I² S. 203; Mommsen, Beiträge I S. 349: Fuchs, Arch. f. ziv. Prx. Bd. 34, S. 107 ff. 385 ff., Thöl, Handelsrecht I § 268 S. 285) unterstellen die Fiktion, daß die casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung für vollendete Erfüllung gelte: Gegen diese Ansicht vgl. Windscheid in Heidelb. Kritisch. Ztsch. f. gesamt. RW. Band II S. 136. Die dafür zitierten Quellenstellen (l. 5 § 2 D. 18,5 u. l. 15, D. 23,3) enthalten aber keine Begründung des Satzes mit der Erfüllungsfiktion, sondern sprechen nur aus, daß dieselbe Wirkung eintrete, wie wenn erfüllt wäre.

Windscheid (Pand. II § 390 Anm. 19) leitet den Satz aus der Entäußerungsnatur des Kaufs ab, die zur Auffassung geführt habe, daß die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angehe, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen

werde. Es ist kein Zweifel, daß diese Ansicht mit der laienhaften Vorstellung über den Erwerb auf Grund Kaufs im Einklang steht. (Ähnliche Ansichten und Kritik siehe bei Puntschart a. a. O. S. 12 ff.)

Nach Jehring — Jahrb. f. Dogm. B. 3 S. 464 — (mit dem im Effekte Puntschart übereinstimmt) hat der Käufer die Gefahr zu tragen, weil er Schuld ist, daß nicht sofort erfüllt wurde. Diese Schuld werde nach römischem Rechte, um prozessualische Streitigkeiten zu vermeiden, immer präsumiert bezw. fingiert, nur mora tradendi könne den Vorwurf des ferneren Aufschubs auf den Verkäufer zurückwälzen. Auch diese Theorie zwängt ohne ausreichenden Grund wie jede Fiktion alle Fälle, mögen sie dazu passen oder nicht, mit Gewalt unter eine einheitliche Schablone. Schon die erste Annahme Jehrings, in der Regel sei der Käufer schuld an dem Erfüllungsaufschube, erscheint als eine etwas zweifelhafte Vermutung; warum aber bloß die Absicht, prozessuale Streitigkeiten zu vermeiden, die Römer zu einer solchen der Billigkeit vollständig widersprechenden Fiktion der Schuld am Traditionsaufschub geführt habe, bleibt ganz unerklärlich.

Nach Bechmann (I §§ 134, 135) beruht die Gefahrverteilung zwischen den beiden Kontrahenten auf einem Ausgleich des Vorteils und Nachteils, der sich für beide Teile aus dem Kaufe ergebe. Der Käufer habe den Vorteil, daß ihm die Sache gesichert sei, den Nachteil, daß er sie auch nehmen müsse, wenn sich inzwischen die Verhältnisse in ungünstiger Weise veränderten, der Verkäufer habe den Vorteil, daß er seine Sache losgebracht habe, den Nachteil, daß er die freie Verfügung über die Sache eingebüßt habe. Die hieraus resultierende Gleichheit der Stellung beider werde dadurch gestört, daß dem Käufer noch der weitere Vorteil zukomme, wonach regelmäßig nur von ihm aus die „Initiative" zur Realisierung des Vertrags ausgehen könne. Deshalb sei zur Herstellung des Gleichgewichts dem Käufer als weiterer Nachteil noch die Tragung der Gefahr aufgebürdet. Es ist aber zweifelhaft, ob im allgemeinen und gar im einzelnen Falle wirklich so, wie Bechmann meint, Vorteil und Nachteil aus dem Kaufe sich zunächst gegenseitig aufwiegen und ob dann weiter der Vorteil der Initiative nicht mit dem Nachteil des periculum zu teuer erkauft erscheint.

Auf Erwägungen der Billigkeit basiert weiter die Ansicht Regelsbergers: vgl. Archiv f. ziv. Praxis Band 49 S. 203, Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon unter Kauf VI und andere Autoren.

Mit den Versuchen, den römischen Rechtssatz zu erklären, sind zugleich nicht ohne Erfolg manche Gesichtspunkte für seine Billigkeit

geltend gemacht worden, mag man aber auch der Ansicht sein, es sprächen überwiegende Gründe gegen ihn, und ist er jedenfalls dem deutschen Rechtsbewußtsein fremd, so darf man ihn doch andererseits nicht als „abnorm" (so z. B. Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Band II S. 635) bezeichnen. Keinesfalls war er abnorm nach römischem Empfinden.

Wir dürfen unsere Abhandlung über das Prinzip des Gefahrübergangs beim Kauf nach römischem bezw. gemeinem Rechte nicht schließen, ohne einen Blick auf die Kaufart geworfen zu haben, welche den gemeinrechtlichen Schriftstellern hinsichtlich der Feststellung des Zeitpunktes des Gefahrübergangs die größten Schwierigkeiten bereitet hat: Dies ist der sog. rein generische Kauf. Wir haben schon darauf hingewiesen, daß es wegen der vollständigen Unbestimmtheit des Leistungsobjektes ganz unmöglich ist, schon mit dem Abschlusse des Kaufvertrags die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen; denn hier hat der selbstverständliche Satz Geltung: genus perire non censetur. Darüber besteht natürlich kein Streit, ebensowenig darüber, daß jedenfalls spätestens mit der Tradition die Gefahr auf den Käufer übergeht. Ob und wann aber, abgesehen von der Tradition, eine den Gefahrübergang etwa bewirkende genügende „Individualisierung" bezw. „Spezialisierung" des Leistungsgegenstandes vorliege, ist der eigentliche Streitpunkt. Wir können uns kurz fassen, da jedenfalls das Prinzip des Gefahrübergangs nicht entscheidend ist.

Nach der Theorie der einseitigen Ausscheidung genügt schon die vom Verkäufer vorgenommene Ausscheidung des Kaufobjektes aus dem genus, um den Gefahrübergang herbeizuführen. Hiegegen ist mit Recht erwidert worden, daß mit diesem Akte die Umwandlung der genus-Obligation in eine Obligation zur Leistung einer species nicht verbunden sein kann, da der Verkäufer auch nach der Ausscheidung nicht gebunden ist, gerade die ausgeschiedene Sache zu leisten; der Verkäufer kann durch einseitigen Rechtsakt nicht das Wesen der Obligation so tief eingreifend verändern, andernfalls wäre auch der Käufer ganz in die Hand des Verkäufers gegeben.

Letzterer Einwand wurde auch mit Recht gegen die Theorie Thöls erhoben (vgl. Thöl, Handelsrecht I § 74), wonach die Ausscheidung verbunden mit einer Anzeige des Verkäufers an den Käufer über die Ausscheidung genügen soll, wenn dadurch der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten. Jehring (Jahrbuch f. Dogm. B. IV S. 385) hat hie-

gegen treffend ausgeführt, es genüge also bei einer drohenden Ueberschwemmung, daß der Holzhändler mit Zeugen und einem Farbtopf auf den Holzplatz sich verfüge, die Stämme zeichne und dem Käufer Nachricht gebe.

Nach Jehrings „Lieferungstheorie" (in Jahrb. f. Dogm. B. IV S. 366 ff.) geht die Gefahr über mit dem Moment, wo der Verkäufer seinerseits alles getan hat, was ihm kontraktlich oblag, also regelmäßig mit der Tradition, falls der Kauf aber aufs Abschicken gestellt sei, mit dem Abschicken. Letzteres aus allgemeinen Grundsätzen, ohne positive Grundlage abzuleiten, erscheint bedenklich. Daher ist wohl richtiger die Ansicht Bekkers (Jahrb. d. gemeinen deutschen Rechts B. 5 S. 368 ff.) der im allgemeinen das Abschicken der Ware nicht für genügend hält, sondern prinzipiell Annahme derselben fordert, abgesehen von einer Verwandlung der genus-Obligation in eine species-Obligation durch Parteivereinbarung. Auch Dernburg (preuß. Privatrecht II § 138 [3]) scheint ohne positive Grundlage das bloße Abschicken der Ware nicht für genügend erachtet zu haben, da er gemeines Gewohnheitsrecht hiefür in Anspruch nahm (ähnlich auch Karlowa, Grünhuts Zeitschrift XVI S. 442).

Wir halten im Anschlusse hieran die Ansicht für richtig, daß der Gefahrübergang eintritt, sobald durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum konzentriert hat. Denn nur so kommt man ohne Willkürlichkeiten in die Lage, mit Recht die Verwandlung der genetischen Obligation in eine species-Obligation für gegeben zu erachten. Daß natürlich der Annahmeverzug der tatsächlichen Leistung gleichsteht, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden; dabei handelt es sich aber überhaupt nicht mehr um die Frage des Gefahrübergangs, sondern um Verzugsfolgen.

Merkwürdig ist, daß sich der Streit um den Gefahrübergang beim generischen Kauf erst zu Zeiten des gemeinen Rechts erhoben hat. Es hat sich daher die Meinung gebildet, einerseits sei der Kauf, der aufs Abschicken gestellt sei, den Römern überhaupt nicht bekannt gewesen, andererseits enthielten die Quellen auch keine Bestimmungen über den rein generischen Kauf, die Entscheidung sei daher der Paulinischen Rechtsregel im allgemeinen zu entnehmen.

Wie dem auch sei, die Entscheidung kann unserer Ansicht nach immer nur die gleiche sein. Unterstellt man bei l. 12—14 D. de peric. 18, 6 einen Genuskauf, so haben wir nach den Quellen selbst den Gefahr-

übergang an die Tradition geknüpft; hält man sich an die Rechtsregel des Paulus von der emtio perfecta, so wird man nicht umhin können, den beschränkt genetischen Kauf sich zum Vergleiche dienen zu lassen, für diesen haben wir aber schon angenommen, der Gefahrübergang sei an die Erfüllung (an das tradere und das nur eine Erscheinungsform des tradere bildenden admetiri) geknüpft. Man kann aber auch schließlich annehmen — und das dürfte das Richtige sein — die Römer hielten eine besondere Entscheidung nicht für nötig, sie gingen von dem natürlichen Satze „genus non perit" aus, und ließen, falls nicht früher eine Parteivereinbarung die generische Obligation in eine Speziesobligation verwandelte, den Gefahrübergang erst mit der Uebergabe als konzentrierendes Moment übergehen, ebenso wie sie es auch nicht für nötig hielten, für den Gefahrübergang bezüglich der Leistung des Käufers, der Kaufpreiszahlung, eine besondere Entscheidung zu treffen. Auch hier galt eben bis zur Leistung der Satz: „genus non perit."

Dieses „römischrechtliche" bezw. zu Zeiten des gemeinen Rechts „gemeinrechtliche" Prinzip ist in eine Reihe von Kodifikationen übergegangen. Als Beispiele erwähnen wir den Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Teil IV Kap. 3 § 11; das württembergische Landrecht II, 9 §§ 24—26; das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §§ 1091, 566, 867, 1013; das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 145, 199, 204 (unberührt durch das neue schweizerische Zivilgesetzbuch v. 10. XII. 1907); der code civil Art. 1624, 1138, der allerdings im Effekte die Mitte hält zwischen römisch- und deutschrechtlichem Prinzip, da er mit Abschluß des Veräußerungsvertrags auch sofort das Eigentum übergehen läßt (vgl. Art. 711, 1138, 1583); ebenso die dem code civil nachgebildeten Rechte z. B. das badische Landrecht u. s. w.

II. Teil.

Das „deutschrechtliche Prinzip".

§ 4.

Der Gegensatz zwischen römischem und deutschem Rechtsbewußtsein bezüglich des Problems des Gefahrübergangs beim Kauf wird uns deutlich, wenn wir dem römischen Satze „periculum est emtoris" den bei Stobbe (Vertragsrecht S. 279) zitierten Satz des lübischen Rechts gegenüberstellen: „So wor einer etwes vorköfft, u. dem gude schaden tho queme, den schaden schal weren de jenne, de dat gudt verkofft hefft." Prinzipiell trägt also der Verkäufer die Gefahr. Damit ist zugleich gesagt, daß er sie prinzipiell bis zur Erfüllung d. h. bis zur Übergabe trägt, und daß sie erst mit diesem Zeitpunkte auf den Käufer übergeht.

„Nach deutschem Rechte" — sagt daher Stobbe mit Recht — „trägt der Käufer die Gefahr erst mit dem Augenblicke der Tradition" (vgl. a. a. O. S. 277). Weiter führt er an dieser Stelle aus: „Da das Eigentum auf den Käufer noch nicht übergegangen ist und die Sache sich noch in dem Besitze des Verkäufers befindet, hielt man es für unbillig, daß der Käufer die Gefahr tragen, daß er den verabredeten Kaufpreis zahlen solle, obgleich er den Gegenstand des Kaufs entweder gar nicht oder nur verschlechtert erhält" .... „Erst durch die Tradition, erst durch den Akt, welcher meinen Anspruch auf die Sache realisiert und sie in mein Vermögen bringt, geht die Gefahr auf mich über: Der Eigentümer trägt die Gefahr, sowohl bei Mobilien, als auch bei Immobilien" (Stobbe a. a. O. S. 278/9). Hier (sowie S. 280) ist augenscheinlich der Zusammenhang zwischen Eigentumsübergang und Gefahrtragung in nachdrücklicher Weise betont. In seiner Abhandlung „Die Auflassung des deutschen Rechts" (Jahrb. f. Dogm. B. 12 S. 241) findet sich aber für den Grundstücks-

kauf die Bemerkung: „Doch ist wohl anzunehmen, daß, wo nicht das römische Recht durchdrang und daher schon mit der Perfektion des Vertrags jene Wirkung eintrat, nicht bloß die Auflassung, sondern auch die Übertragung des Besitzes die Gefahr übergehen läßt."

In seinem Handbuch des deutschen Privatrechts schließlich lesen wir (B. III S. 303/4): „Nach älterem Rechte ging die Gefahr auf den Käufer von Mobilien mit der Besitzübertragung, von Immobilien mit der Besitzübertragung bezw. Auflassung über."

Diese drei Stellen Stobbes können, müssen aber nicht zu einander in Widerspruch stehen. Sie widersprechen sich, wenn Stobbe an der erstzitierten Stelle sagen wollte, ohne Eigentumsverschaffung sei der Gefahrübergang ausgeschlossen, in der letzten Stelle dagegen die Besitzübertragung ohne Eigentumsübertragung für genügend erachtete. Da Stobbe sich in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts auf seine früheren Abhandlungen beruft, scheint er mit den verschiedenen Formulierungen dasselbe sagen zu wollen. Man kann aber dann entweder mit Puntschart (a. a. O. S. 473 ff.) der Ansicht sein, die letztzitierte Stelle ordne sich den erstgenannten unter, Stobbe würde dann mit der Übergabe nur die eigentumsübertragende Übergabe in seinem Handbuch gemeint haben oder man kann, und das dürfte richtiger sein, annehmen, Stobbe habe in erstgenannter Stelle nur ausgesprochen, was in aller Regel der Fall war, daß materiell in den allerhäufigsten Fällen die Übergabe bei Mobilien auch Eigentum übertrug und folglich der Eigentümer die Gefahr trug. Bei ersterer Auffassung ließe also Stobbe bei Übergabe ohne Eigentumsverschaffung die Gefahr nicht übergehen, wohl aber bei letzterer. Stobbe scheint in seiner Abhandlung über das Vertragsrecht an Fälle der Übergabe ohne gleichzeitige Eigentumsverschaffung gar nicht gedacht zu haben. Fälle, die ja nach deutschem Recht wegen des sog. „Hand wahre Hand"-Prinzips ohnehin sehr selten sind. Da er aber in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts die „Übergabe" bei Mobilien und Immobilien nicht scheidet, letztere aber nach Ausbildung der Auflassung als eigentumsübertragendes Institut nur mehr besitzverschaffende Bedeutung für Immobilien hatte, dürfte er überhaupt den Nachdruck auf die besitzverschaffende Wirkung der Übergabe legen wollen.

Wir halten es daher nicht für richtig, wenn Puntschart (a. a. O. S. 373) bemerkt: „allein nach Stobbe .... erwirbt der Käufer mit

dem Besitze auch das Eigentum und trägt somit die Gefahr nur als Eigentümer.“ Und wenn wir S. 374 a. a. O. lesen: „für das römische Recht kommt hier in Betracht, daß nach demselben die Tradition nicht notwendig den Übergang des Eigentums auf den Käufer bewirkt,“ so gilt das Gleiche auch für das deutsche Recht, wenn auch nicht in dem gleichen Umfange. Sagt doch Laband (vermögensrechtliche Klagen S. 69 ff.): „Man ist in der heutigen Theorie darüber einverstanden, daß eine dem Besitzer wider Willen abhanden gekommene Sache von ihm jedem Inhaber gegenüber vindiziert werden kann, während eine freiwillig aus Händen gegebene Sache nur von demjenigen, dem man sie übergeben hat, zurückgefordert werden kann,“ und für diesen Satz erbringt er reichliche Quellenangaben. Es ist also durchaus nicht an dem, daß die Übergabe auf Grund des Kaufvertrags nach älterem deutschen Rechte dem Käufer immer Eigentum verschaffte, wenn schon dies, wie auch nach heutigem Rechte, in der Regel der Fall war. Daß aber die Quellenstellen, die bei Stobbe zitiert sind, den Gefahrübergang davon abhängig machten, daß die Übergabe eigentumsverschaffenden Effekt hatte, kann aus denselben nicht herausgelesen werden, da sie sich über diese Frage überhaupt nicht äußern, vielmehr immer nur vom faktischen Geben und Nehmen reden. So spricht die schon zitierte Stelle aus dem lübischen Rechte nur aus, daß prinzipiell der Verkäufer die Gefahr zu tragen habe. Daraus ist natürlich zu folgern, daß er die Gefahr bis zur Übergabe trägt; daß er dagegen die Gefahr noch trägt, wenn er sie zwar übergeben, aber nicht Eigentum verschafft hat, kann aus dieser Stelle nicht entnommen werden; es spricht auch keinerlei Vermutung dafür, denn mit der Übergabe ist mindestens dem äußeren Anschein nach erfüllt; ob die Sache Mängel hatte, ob Eigentum verschafft wurde, sind erst Fragen sekundärer Natur; freilich entstehen für den Käufer wegen Mangelhaftigkeit der gekauften Sache, sowie wegen der mangelnden Rechtsverschaffung spezielle Ansprüche, aber daß deshalb der Gefahrübergang ausgeschlossen sei, kann ohne positive Grundlage keineswegs allgemein angenommen werden, denn die Ansprüche aus den genannten Umständen beruhen darauf, daß es dem Verkäufer zur Schuld gerechnet wird, wenn er seine Vertragspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt, daß der Käufer keinen Schaden leiden soll, von dem das Recht annimmt, er beruhe auf einer Verletzung der Vertragspflichten, mithin auf einem Verschulden des Verkäufers. Anders bei der Frage des Gefahrübergangs: da ist zu ent-

scheiden, wer von den beiden Kontrahenten den Schaden zu tragen hat, der durch den zufälligen Untergang bezw. durch die zufällige Verschlechterung der Sache eingetreten ist.

Hiezu kommt, daß in aller Regel (so z. B. im römischen Rechte, so auch im B. G.-B., so jedenfalls auch nach älterem deutschen Rechte) Gefahr und Nutzen der verkauften Sache prinzipiell mit dem gleichen Zeitpunkt eintreten: so sagt z. B. die bei Stobbe a. a. O. S. 280 zitierte Stelle aus dem Wiener Stadtrechte für die Zeit nach der Tradition, mit der die Gefahr auf den Käufer übergeht: — Und wurd der wein in des gewalt pesser denn kain wein gesein moecht, er tailt seins gewins lutzel oder nichtz mit Im. —

Würdet man somit (worauf insbesondere bei der Darstellung des Rechts des B. G.-B. zurückzukommen sein wird) dem Käufer die Gefahr nicht auf, so spricht man ihm damit zugleich in seinem Verhältnisse zum Verkäufer, trotzdem er sich im unmittelbaren Besitz der Sache befindet, trotzdem nur er faktisch die Nutzungen ziehen kann, das Recht auf letztere ab, ein Fall, der namentlich dann ganz eigentümlich erscheint, wenn sich der Rechtsmangel praktisch nicht bemerkbar macht, weil z. B. der Drittberechtigte, der gar nicht weiß, bei wem sich die Sache befindet, mit seinen Ansprüchen nicht hervortritt, so daß der Käufer davon absieht, den speziellen Anspruch wegen des Rechtsmangels geltend zu machen.

Es dürfte hienach, soweit nicht ausdrücklich der Gefahrübergang von der Rechtsverschaffung abhängig gemacht ist, richtig sein, wenn wir in Weiskes Rechtslexikon B. 6 S. 53 (1845) lesen: „Durch die Tradition geht zwar, wenn auch nicht schon das Eigentum, doch jedesmal die Gefahr auf den Käufer über." Auch die bei Stobbe (a. a. O. S. 279) folgende Stelle aus dem Wiener Stadtrecht spricht nur allgemein aus, daß der „hingeber" den Schaden haben muß (falls überhaupt der Nachdruck bei dieser Stelle auf der Tradition und nicht auf der Nichtzahlung des Kaufpreises beruht).

Die von der mora accipiendi handelnde nächstzitierte Stelle (a. a. O. S. 280) kommt für uns weniger in Betracht, denn daß mora accipiendi dem Käufer die Gefahr zuwälzt, ist nichts Besonderes. Nur deshalb mag diese Stelle erwähnt werden, weil Puntschart die von ihm bekanntlich in jeder römischen Quellenstelle über den Gefahrübergang entdeckte effektive Traditionsbereitschaft des Verkäufers auch hier „so klar als nur möglich" zum Ausdruck gebracht findet (vgl. a. a. O. S. 375) und hiemit schon den Beweis für geliefert

erachtet, „daß das römische Recht auch in dieser Frage das allgemeine Lebensbedürfnis richtig erfaßt und dadurch seine Universalität auch hier bewährt hat.“ Wenn aber das Wiener Stadtrecht ausspricht: „der hingeber ist im des Kaufschacz berait zu laisten, wenn er den nemen will, und nymbt sein dar uber nicht,“ so dürfen wir wohl mit Stobbe annehmen, daß hiemit nichts anderes als der Annahmeverzug des Käufers gemeint ist. Die Folgerungen aber, die Puntschart (a. a. O. S. 377) aus dem Schlußsatze dieser Stelle „mag aber der hingeber das bringen, das er sein guet da verloren hab“ für die Unterstellung, Eigentumsverschaffung sei zum Gefahrübergang nach deutschem Rechte erforderlich, zu ziehen scheint, müssen wir ablehnen, denn die Übersetzung Puntscharts — der Käufer müsse den Beweis erbringen, daß er sein Gut (= Eigentum) damit verloren habe — entspricht der zitierten Stelle nicht. Diese Stelle enthält vielmehr, wie Stobbe richtig bemerkt (ebenso Soehngen a. a. O. S. 135) im letzten Satze lediglich eine Bemerkung über die Zulässigkeit des Exkulpationsbeweises dahin gehend, daß bei dem Brande u. s. w. (da = bei der Gelegenheit, nicht etwa = damit d. h. mit der verbrannten Sache) nicht nur die verkaufte Sache, sondern auch Sachen seines Vermögens verloren gingen, daß er also die diligentia quam in suis rebus beobachtet habe.

Die bei Stobbe (S. 280) folgende Stelle aus dem Wiener Stadtrechte spricht ebenfalls nur von den tatsächlichen Akten der Übergabe bezw. der Übernahme, „und underwindet sich des weins und haisset in zu fullen“ .... „so mues er den hingeber gewern seins guetz“.

Daß die weite zitierte Stelle aus dem Prager Stadtrechte (Stobbe a. a. O. S. 280) bei Immobilien den Gefahrübergang an die Auflassung knüpft, ist nichts Befremdliches und für den Gefahrübergang (zumal bei den übrigen Statutar-Rechten) für Mobilien nicht beweisend, denn es gibt dagegen wieder Statutarrechte, die den Gefahrübergang an die Auflassung oder Übertragung des Besitzes knüpfen (vgl. Stobbe im Jahrb. f. Dogm. Bd. 12 S. 241 Anm. 279) und dies scheint namentlich in der späteren Zeit sehr häufig der Fall gewesen zu sein (Stobbe a. a. O. Anm. 281); nach der Nürnberger Reform. v. 1522 (siehe Stobbe a. a. O.) schließlich geht bei Gütern, die der bewerung bedürfen, die Gefahr erst über, wenn das Gut beweret und in des Kauffers gewalt oder gewere geantwurt ist; hiezu bemerkt aber Stobbe a. a. O. selbst: „Da

sich aus der Nürnberger Reformation nicht entnehmen läßt, daß die Insinuation oder Auflassung überhaupt gefordert wurde, ist bei der bewerung wohl an eine feierliche Besitzübertragung zu denken."

Es scheint daher von den verschiedenen Formulierungen Stobbes, die in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts die richtigste die zu sein, wonach prinzipiell bei Mobilien die Gefahr mit der Besitzübertragung — (auf Grund des Kaufs) — von Immobilien mit der Besitzübertragung bezw. Auflassung übergeht.

Auch Hübner (a. a. O. § 83 IV) legt das entscheidende Gewicht auf die Besitzübertragung, denn er sagt: „Die Regelung der Frage, von welchem Zeitpunkte an ein zufälliger Untergang oder Schade der Sache vom Käufer und nicht mehr vom Verkäufer getragen werden mußte, wurde im alten deutschen Rechte dahin getroffen, daß wie der Nutzen so auch die Gefahr der Sache mit der Übertragung der Gewere auf den Käufer übergehe; bei Fahrnis fand der Übergang der Gefahr also mit dem Erwerb der leiblichen Gewere statt, bei Liegenschaften mit der Investitur, ursprünglich der körperlichen, später allerdings, als die symbolische Investitur aufkam, auch mit dieser, also mit der mittelalterlichen Auflassung." „Die Fahrnisgewere (a. a. O. S. 391) bedeutete tatsächliche Sachherrschaft" (ebenso Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts B. II S. 20; vgl. auch Beseler, System des deutschen Privatrechts B. I S. 509; Lehmann in Birkmeyers Encyklopädie S. 341/42).

Nach der Rezeption des römischen Rechts wurde dieses deutschrechtliche Prinzip, das an die Tradition den Gefahrübergang knüpft, wieder für ein großes einheitliches Rechtsgebiet durchgeführt mit dem preußischen allgemeinen Landrecht. Hier heißt es in Teil I Titel 11 § 95:

„So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen, oder sonst ein anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last."

Auch hier ist die Übergabe, und zwar ebenfalls ohne Entscheidung, ob nur im Falle des eigentumsübertragenden Effekts oder auch sonst, zum Gefahrübergang erfordert. Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß der Redaktor des Gesetzes Suarez von dem Gedanken: „casum sentit dominus" ausging und als einen Hauptgrund für die Wahl dieses Moments als Zeitpunkt des Gefahrübergangs die eigentums-

übertragende Wirkung der Übergabe betrachtete; daher war auch lange Zeit die communis opinio die, daß nach preußischem Rechte sich Eigentumserwerb und Gefahrübergang gegenseitig bedingen (also nicht bloß regelmäßig mit einander zusammenfallen). Es lassen sich auch aus dem Gesetze selbst Stellen anführen, aus denen hervorzugehen scheint, daß Eigentumserwerb und Gefahrübergang als in gegenseitige Abhängigkeit gedacht waren. So heißt es z. B. in Teil I Tit. 11 § 130: „Auch wird, wenn durch eine solche Übergabe Eigentum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, vorausgesetzt" u. s. w., ferner § 131 eodem: „Erfolgt der Abschluß des Kaufs erst während der Zeit, daß die Sache oder Ware unterwegs ist, so geht erst von dem Augenblicke an, wo der Vertrag zu stande gekommen ist, Eigentum und Gefahr auf den Käufer über;" auch § 132 l. e.: „Hat der Käufer zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags noch nicht gewußt, daß die Sache schon unterwegs sei, so überkommt er Eigentum und Gefahr erst von dem Zeitpunkte an, wo . . ." Man konnte also, auch wenn man die Frage durch zitierten § 95 für nicht entschieden hielt, doch nach preußischem Landrechte wohl der Meinung sein, daß nur die Übergabe in ihrem eigentumsübertragenden Effekt den Gefahrübergang herbeiführe, so daß das eigentlich Entscheidende der Eigentumserwerb, die Übergabe dagegen nur als Form der Eigentumsübertragung in Betracht kommen. War man dieser Ansicht, so mußte man mit Dernburg (preuß. Privatrecht B. I § 242 Anm. 8, II § 138 Anm. 9) als nach § 1 des Ges. v. 5. V 1872 der Eigentumserwerb an Liegenschaften an die Auflassung geknüpft wurde, konsequenter Weise der Ansicht sein, daß nunmehr für den Gefahrübergang die Auflassung als Form der Eigentumsübertragung entscheidend sei. Das Reichsgericht stützte sich aber in seiner abweichenden Entscheidung B. VII S. 241 ff. (Urteil v. 13. V 1882) an den Wortlaut des Gesetzes und darauf, daß die eigentumsübertragende Wirkung nicht der einzige Grund für Suarez gewesen sei, die Übergabe als Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu wählen, daß endlich die anderen Gründe Suarez (z. B. die Unbilligkeit, wenn der Verkäufer die Gefahr tragen soll, ohne durch den Verwahrsam der Sache für deren Sicherheit sorgen zu können, Vermeidung von Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten, die mit der römischen Theorie verbunden sind) ihr Gewicht auch dann behielten, wenn auch der Eigentumsübergang nicht mehr mit der Übergabe zusammenfalle; daher nahm das Reichsgericht in bewußter und gewollter Abweichung von dem Satze casum senit dominus an, daß

auch bei Grundstücken weiterhin mit der Übergabe, trotzdem sie Eigentum nicht mehr übertragen konnte, die Gefahr auf den Käufer übergehe.

Diese an sich nicht mehr aktuelle Streitfrage hat aber für die Auslegung des B. G.-B. große Bedeutung, denn hier wurde im Anschlusse an diese reichsgerichtliche Judikatur auch bei Grundstücken der Uebergabe die gefahrübertragende Wirkung beigelegt, trotzdem sie Eigentum nicht übertragen kann; bereits hieraus erhellt, daß der Satz casum sentit dominus im B. G.-B. zum mindesten keine durchgreifende Geltung haben kann.

Auch das österreichische a. b. G.-B. steht auf deutschrechtlichem Standpunkte: Prinzipiell ist die Uebergabe der entscheidende Moment (vgl. § 1064 mit §§ 1048—1051). Im einzelnen trifft freilich dieses Gesetz subtile und wenig klare Unterscheidungen, je nachdem eine Zeit für die Uebergabe bedungen ist oder nicht, vgl. hiezu ausführlich: Hofmann „periculum beim Kauf" § 20. Auch hier entstand die Frage, ob es bei unbeweglichen Sachen auf die physische Uebergabe oder auf die Eintragung in die öffentlichen Bücher ankomme, auch hier stand der Redakteur Zeiller (Komm. II. Bd. I. Abt. S. 342, vgl. Hofmann a. a. O. S. 53) auf dem Standpunkt, daß die eigentumsverschaffende Wirkung der Uebergabe Motiv für die Wahl des Zeitpunkts sei, trotzdem fand auch hier die Ansicht Vertretung, daß auch bei Grundstücken mit der Uebergabe — also ohne Eigentumsverschaffung — die Gefahr übergehe (vgl. Hofmann a. a. O. S. 61).

Als neueste große Kodifikation hat sich endlich auch das B. G.-B. zum deutschrechtlichen Prinzipe bekannt, doch müssen wir dieser Darstellung wegen der größeren praktischen Bedeutung einen besonderen Teil der Abhandlung widmen.

III. Teil.

Das Prinzip des Gefahrübergangs beim Kauf nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 5.

§ 446 Abs. I Satz 1 B. G.-B. bestimmt: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über."

Es ist somit zweifellos und unbestritten, daß das B. G.-B. bei Lösung des Problems des Gefahrübergangs beim Kauf prinzipiell an die Erfüllung des Vertrags seitens des Verkäufers anknüpft, sohin auf sog. deutschrechtlichem Standpunkt steht.

Man könnte glauben, daß sich an der Hand dieser gesetzlichen Bestimmung in Verbindung mit Abs. II des § 446 B. G.-B., der beim Grundstückkauf auch die Eintragung im Grundbuch entscheiden läßt, das Prinzip des Gefahrübergangs sofort formulieren ließe. Indes hätte man wenig gewonnen, wollte man sagen: Prinzipiell geht nach dem Rechte des B. G.-B. mit der Uebergabe der Sache auch die Gefahr über; denn, was unter dieser Uebergabe zu verstehen sei (ob Besitzverschaffung — geteilt in Verschaffung des unmittelbaren oder auch des mittelbaren Besitzes —, ob Eigentumsverschaffung, ob beides zusammen, oder schließlich keines von beiden) ist Gegenstand lebhaften Streites. Die in den Motiven zum B. G.-B. (II S. 206/7) ausgesprochene Meinung, Streitfragen und Schwierigkeiten, wie nach römischem und gemeinem Rechte ließen sich durch die Annahme des deutschrechtlichen Prinzips vermeiden bezw. leicht lösen, hat sich jedenfalls als zu optimistisch erwiesen. Richtig ist natürlich, daß der Genuskauf bezüglich der Gefahrfrage keine Schwierigkeiten mehr bereitet, wohl aber ist dies der Fall bezüglich der Formulierung des Prinzips des Gefahrübergangs selbst, und die berühmte gemeinrechtliche Streitfrage

über den Gefahrübergang beim mehrfachen Verkauf derselben Sache scheint auch unter der Herrschaft des B. G.-B. nicht zur Ruhe zu kommen.

Bevor wir zur Abstrahierung des Prinzips schreiten, müssen wir die einschlägigen Bestimmungen des B. G.-B. — namentlich §§ 446, 323 und 440, daneben auch § 447 und § 2380 — an Hand der hauptsächlich aufgestellten Meinungen einer eingehenden Erörterung unterziehen.

§ 6.

Nach der Ansicht Titzes a. a. O. S. 255 ff. enthält § 446 B. G.-B. nur eine Spezialisierung des in § 323 B. G.-B. enthaltenen Prinzips für den Kauf. Das Verhältnis des § 446 zu § 323 im allgemeinen soll einstweilen aus unserer Betrachtung ausscheiden, hier interessieren vorläufig nur die Folgerungen, die Titze aus dieser Ansicht zieht. Wir lesen a. a. O. S. 256 Anm. 2: „Darum schlägt § 446 regelmäßig auch nur insoweit durch, als der Verkäufer mit der Uebergabe die ihm aus dem Kaufgeschäft erwachsenen Verpflichtungen wirklich erfüllt hat." Ferner: „Jedenfalls ist es nicht richtig, wenn Cosak I S. 401 schlechthin sagt: „Die Uebergabe überträgt die Gefahr der Kaufsache auch dann, wenn sie unvollkommen ist, d. h. gegen die vertragsmäßigen Verpflichtungen der Verkäufers verstößt." Titze leugnet daher im Gegensatze zu Cosack den Gefahrübergang (vgl. nunmehr I S. 419 Ziff. 7) sowohl dann, wenn die Sache mangelhaft war, als auch dann, wenn die Uebergabe bei Mobilien nicht eigentumsverschaffenden Effekt hatte.

Wir befassen uns hier zunächst nur mit dem Falle, daß die übergebene Sache mangelhaft im Sinne der §§ 459 ff. war. Titzes Ansicht, daß in diesem Falle § 446 nicht durchgreife, sohin die Gefahr nicht übergehe, steht in direktem Widerspruche mit dem Gesetze; denn nach § 459 B. G.-B. haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit in der geforderten Weise aufheben oder mindern.

Während Titze den Gefahrübergang verneint, setzt umgekehrt das B. G.-B. den Übergang der Gefahr trotz Mangelhaftigkeit der Sache voraus.

Titze folgert die Richtigkeit seiner Ansicht daraus, daß der zufällige Sachuntergang den Wandlungsanspruch nicht ausschließt (§ 467 mit 350 B. G.-B.) Dies war aber auch nach römischen Rechte nicht

anders: vgl. l. 31 § 11, l. 38 § 3 D. de aed. ed. 21, 1 (mortuus redhibetur), trotzdem spricht keine Quellenstelle aus, daß in diesem Falle die Gefahr nicht übergegangen sei (vgl. allerdings Glücks Erläuterung der Pandekten Teil XVII S. 189 Ziff. 4).

Soviel ist natürlich unbestreitbar, daß in diesem Falle der Käufer, trotz des Sachuntergangs den Kaufspreis nicht zu bezahlen braucht, bezw. zurückfordern kann. Aber bei anderer Entscheidung ist ja mit dem Gefahrübergange eine ganz ungerechtfertigt Bereicherung für den Verkäufer verbunden, denn zessieren mit diesem Zeitpunkte die Rechtsbehelfe wegen Mangelhaftigkeit der Sache, so ist hiemit die ganz ungerechte Fiktion verknüpft, die vielleicht wertlose Leistung sei in jeder Beziehung tadellos gewesen; der Verkäufer darf daher, trotzdem er durch die Übergabe der mangelhaften Sache in keiner Weise seinen vertraglichen Pflichten entsprochen hat, doch den vollen Kaufpreis behalten, wenn nur ein gütiges Geschick — vielleicht gerade der schon bestehende Mangel — den Untergang der Sache herbeiführt, bevor noch der Käufer den Wandlungsanspruch erhoben hat. (Vgl. Crome, französisches Zivilrecht II S. 49.)

Nach der Ansicht Titzes muß also ein Widerspruch zwischen § 459 und § 467 bestehen. In Wirklichkeit besteht aber dieser Widerspruch nicht, vielmehr ist der Ausgangspunkt Titzes nicht richtig, seine Vorstellung von der Bedeutung des Gefahrübergangs eine übertriebene.

Die Gefahr geht auf den Käufer über, bedeutet nämlich nicht, der Käufer muß immer — und zwar den vollen Kaufpreis — bezahlen, falls die Sache untergeht, oder falls sie schlechter wird, denn dies würde wie gesagt, für den Verkäufer eine ihm sehr erwünschte ungerechtfertigte Bereicherung mit sich bringen.

Die Gefahr geht über, bedeutet vielmehr nach dem Recht des B. G. B. lediglich, daß es dem Kaufpreisanspruche des Verkäufers nicht schadet, falls nach diesem Zeitpunkte die verkaufte Sache zufällig untergeht oder zufällig verschlechtert wird. (vgl. Örtmann a. a. O. S. 344 Z. 2). Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ihm nicht etwa andere Umstände schaden könnten. Dem Kaufpreisanspruche schaden vielmehr und müssen schaden alle vor diesem Zeitpunkte (des Gefahrübergangs) bereits bestehenden Umstände, welche die Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers auch vernichten würden, falls die Sache nicht untergegangen wäre (z. B. Mangelhaftigkeit der Sache, mangelnde Rechtsverschaffung u. s. w. (vgl. Planck zu § 446 Ziff. 2a) und selbstverständlich schadet es auch nach diesem

Zeitpunkte dem Kaufpreisanspruche des Verkäufers, wenn die Sache nicht zufällig sondern auf Grund eines von diesem zu vertretenden Umstandes unterging oder schlechter wurde (vgl. Örtmann a. a. O. S. 363c). So wenig man im letztgenannten Falle (der Haftung für nachträgliche zu vertretende Umstände) sagen kann, die Gefahr sei nicht übergegangen, ebenso wenig kann man dies wegen der Haftung für vorher bestehende (also vor dem Gefahrübergange eingetretene) zu vertretende Umstände behaupten, denn die „Gefahrtragung" bezieht sich und kann sich ihrem Wesen nach nur auf nachträgliche, zufällig eintretende Umstände beziehen.

Als ganz brauchbare Schablone kann man den Satz aufstellen, der Käufer muß sich nach dem Gefahrübergang — abgesehen von der genannten, nachträglichen Pflichtverletzung seitens des Verkäufers — bezüglich seiner Kaufpreiszahlungspflicht so behandeln lassen, wie wenn er die Sache noch in dem Zustande hätte, in dem sie ihm vom Verkäufer übergeben wurde. Müßte er den Kaufpreis voll bezahlen, falls er die Sache noch so hätte, so muß er auch dann bezahlen, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist oder wenn sie schlechter geworden ist — Wirkung der Gefahrtragung —; müßte er dagegen nicht bezahlen, auch wenn er sie in diesem Zustande noch hätte, so muß er auch dann nicht bezahlen, wenn sie zufällig zu Grunde gegangen oder schlechter geworden ist — Wirkung der Gewährleistung.

Daß dies der Standpunkt des B. G.-B. ist, kann gar nicht bestritten werden: schon § 459 B. G.-B. allein, der, wie gesagt, voraussetzt, daß trotz Mangelhaftigkeit der Sache die Gefahr übergeht und daß trotz Untergangs der Sache der Wandlungsanspruch erhalten bleibt, beweist dies mit voller Deutlichkeit bezüglich der Gewährleistung wegen Sachmängel. Bezüglich der Gewährleistung wegen Rechtsmängel verhält es sich nicht anders und kann es sich nicht anders verhalten, davon aber später. Die Unhaltbarkeit der Ansicht Titzes, § 446 B. G.-B. greife nicht durch, falls die übergebene Sache mangelhaft sei, und die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunkts ergibt sich aber weiter mit voller Deutlichkeit, wenn wir uns im einzelnen folgendes vor Augen halten.

Wann soll, wenn Titze Recht hat, die Gefahr übergehen, wenn der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat: vgl. § 460 B. G.-B.? Wann ferner, wenn der Verkäufer sie im allgemeinen zu vertreten hat,

der Käufer aber die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltslos annimmt: vgl. § 464 B. G.-B.? Wann auch, falls der Käufer die ihm nach § 466 B. G.-B. gesteckte Frist versäumt? Wie soll der Zeitpunkt des Gefahrübergangs festgestellt werden beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 467 mit § 352 B. G.-B.? Wie stünde es bei der Verjährung des Wandlungsanspruchs nach § 477 B. G.-B.?

Es ist ganz selbstverständlich, daß in all den genannten Fällen mit dem einheitlichen Zeitpunkte der Übergabe die Gefahr übergeht, unbekümmert ob sie mangelhaft war oder nicht. Wollte man hier Unterscheidungen machen, so käme man zu Willkürlichkeiten in der Wahl des Zeitpunkts des Gefahrübergangs wie zu offenbaren Widersprüchen zu dem Gesetze (§ 446 B. G.-B.) und es wäre gerade das Gegenteil des Ideals, das den Redaktoren des B. G.-B. vorschwebte — Einfachheit und Klarheit des Entwurfs — erreicht. Welche Fülle von Zeitpunkten des Gefahrübergangs ließen sich herausfinden, welch' schwierige Liquidationsprozesse müßten entstehen, denn der Satz „cuius est periculum, eius et commodum" gilt auch nach B. G.-B. (vgl. § 446 Abs. I Satz 2)! Und welche offenbar dem Gesetze ganz fremde Folge: Alle Nutzungen der gekauften mangelhaften Sache gehören, eben weil der Verkäufer seiner Pflicht zur Übergabe einer mangelfreien Sache nicht genügt hat, noch dem Verkäufer, wenn § 446 nicht durchgreift!! (Hierauf muß insbesondere auch noch bezüglich des Falls der Rechtsgewährleistung zurückgekommen werden.) Dies wäre besonders auffällig, wenn der Käufer den Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache nicht erheben oder wenn er nur den Minderungsanspruch erheben würde. Der Käufer, welcher sich durch die Bestimmung in § 347 Satz 2 mit § 987, die ihn im Falle der Durchführung des Wandlungsanspruchs zur Herausgabe aller Nutzungen verpflichtet, vielleicht abhalten ließ, diesen Anspruch geltend zu machen, wäre jedenfalls sehr erstaunt, zu hören, daß ihm dies nichts helfe, da er die Gefahr der verkauften Sache nicht trage und ihm deshalb nach § 446 Abs. I Satz 2 auch ihre Nutzungen nicht gebührten. Und dann, was wäre dies für eine verkehrte Welt! Der Käufer, der meist im Besitze der Sache sich befindet, der in aller Regel Eigentümer der gekauften Sache geworden ist, der selbstverständlich deshalb auch Eigentümer der Nutzungen geworden ist, soll obligatorisch verpflichtet sein, dem Verkäufer alle Nutzungen herauszugeben, wenn nur der Verkäufer sich darauf beruft, die Sache sei bei der Übergabe mangelhaft gewesen! Dies wäre ein ganz besonders eigenartiges Ergebnis, wenn etwa der Wandlungsanspruch schon verjährt wäre.

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß nach der Ansicht Titzes, entgegen den positiven Vorschriften in § 446 Abs. II, 447, 2380, ein gänzlich von Ausnahmen freies Prinzip bestehen würde, denn das Argument Titzes (§ 350 B. G.-B.) greift auch in allen Spezialfällen durch, so daß auch hier nur mit der in jeder Hinsicht fehlerfreien Leistung die Gefahr übergehen könnte. Vgl. Titze selbst (a. a. O.): „Darum greift § 446 B. G.-B. regelmäßig (?) auch nur insoweit durch, als der Verkäufer mit der Übergabe die ihm aus dem Kaufgeschäft erwachsenen Verpflichtungen wirklich erfüllt hat."

Wir lehnen aber aus den angeführten Gründen die Ansicht Titzes, daß die Fehlerlosigkeit der übergebenen Sache eine Voraussetzung für den Gefahrübergang bilde, ab und gewinnen damit zugleich das Ergebnis, daß unter Übergabe im Sinne des § 446 B. G.-B. jedenfalls nicht vollständige fehlerfreie Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers zu verstehen ist.

§ 7.

Örtmann bemerkt (a. a. O.) in seinen Erläuterungen zu § 446 B. G.-B. (Anm. 1 c), prinzipiell sei für den Gefahrübergang der Moment der Rechtsverschaffung entscheidend, das B. G.-B. stehe auf dem Boden des Satzes „casum sentit dominus", unter Übergabe nach § 446 Abs. I sei daher — wenigstens für bewegliche Sachen — die Eigentums- und nicht die Besitzverschaffung zu verstehen; die Gefahr gehe daher nicht über, einmal wenn die Übergabe Eigentum nicht verschaffen konnte, aber auch dann nicht, wenn sie es nach der Absicht der Parteien noch nicht verschaffen sollte (ähnlich Titze a. a. O. S. 256 Anm. 2, Kohler a. a. O. S. 249 II; vgl. auch Windscheid, Kipp a. a. O. II § 390 S. 682). Es ist mit Aufstellung dieser Ansicht auch für das B. G.-B. wieder eine Untersuchung der Frage veranlaßt, in welchem Sinne die Übergabe als gefahrübertragendes Moment in Betracht kommt, ob nur als Form der Eigentumsübertragung oder wegen ihrer besitzverschaffenden Bedeutung, wenn auch nebenher wegen des ihr regelmäßig zukommenden eigentumsübertragenden Effekts.

Als merkwürdig muß hervorgehoben werden, daß man diesen Satz „casum sentit dominus", der ja, was das periculum rei anlangt, nicht zu bestreiten ist, bezüglich der Gefahrfrage beim Kauf für alle Rechtsgebiete reklamiert hat. So wurde in den älteren gemeinrechtlichen Theorien behauptet, das römische Recht stehe auf diesem Standpunkte (vgl. Hofmann a. a. O. S. 6), dasselbe wurde für das fran-

zösische Recht und die ihm folgenden Kodifikationen angenommen (vgl. dagegen Crome, französisches Obligationen-Recht S. 122 Anm. 51), das ältere deutsche Recht, das preußische allgemeine Landrecht, das österreichische a. b. G.-B. und jetzt das B. G.-B. sollen von diesem Satze beherrscht sein.

Hier interessiert uns nur mehr das Recht des B. G.-B.; wir schicken gleich voraus, daß dieser Satz nicht als Grundlage für die Lösung des Gefahrübergangsproblems gedient hat (vgl. Cosack I S. 418 Z. 4; Dernburg II, 2 § 174 II; Endemann S. 951 Anm. 36; Martinius a. a. O. S. 62). Denn wir dürfen diesen Satz nur dann als Prinzip des B. G.-B. formulieren, wenn sich nach seinen Bestimmungen Eigentumsübergang und Gefahrübergang gegenseitig bedingen (vgl. Cosack a. a. O. I S. 418 Ziff. 4) nicht aber schon dann, wenn — was wir einzig zugeben — Eigentumserwerb und Gefahrübergang nur in der Regel zeitlich zusammentreffen.

Es fällt sofort eines auf: Ist die Theorie Örtmanns, wonach die Eigentumsverschaffung für den Gefahrübergang ausschlaggebende Bedeutung hat, richtig, dann ist § 446 B. G.-B. unlogisch gefaßt. Logischerweise müßte er nämlich lauten: Abs. I: „Mit der Eigentumsverschaffung geht die Gefahr des zufälligen Untergangs u. s. w. über." Abs. II: „Bei Grundstücken treten diese Wirkungen mit der Übergabe ein, falls diese vor der Auflassung erfolgt." (Vgl. Emerich a. a. O. S. 44 Anm. 1.)

Hiezu kommt der Sprachgebrauch des B. G.-B. bezüglich des Ausdrucks „Übergabe" im ersten Titel, siebenter Abschnitt des zweiten Buchs §§ 433—458 B. G.-B. So oft hier von Übergabe die Rede ist, kann darunter nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes auf Grund des Kaufs darunter verstanden werden.

So ist nach § 433 der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Damit ist in unbestreitbarer Weise ausgedrückt, daß dem Verkäufer zwei Hauptverpflichtungen obliegen, nämlich die Verschaffung der unmittelbaren tatsächlichen und die Verschaffung der vollen rechtlichen Gewalt.

Würde die Übergabe hier nicht als selbständige Hauptverpflichtung, sondern nur als Mittel und Form der Eigentumsübertragung gedacht sein — in welchem Falle ihr auch der sog. Übergabeersatz (§§ 829 ff.) gleichzustellen wäre — so würde sich die Formulierung des

§ 433 als Tautologie erweisen; denn in der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung liegt natürlich auch die Verpflichtung zur Teilnahme an den dazu erforderlichen Übereignungsakten (vgl. Örtmann a. a. O. S. 323 Anm. β); wäre in dieser Bestimmung die Übergabe für bewegliche Sachen im vorgenannten Sinne gedacht, dann hätte für Grundstücke auch die Verpflichtung zur Auflassung eigens ausdrücklich erwähnt werden müssen. Soll nach der Parteivereinbarung das Eigentum durch sog. constitutum possessorium oder Abtretung des Herausgabeanspruchs übergehen, so kommt es nicht zur Übergabe im Sinne des § 433 (worauf später noch zurückzukommen ist), sondern dann ist der Verkäufer überhaupt nach dem konkreten Vertrage nicht zur Übergabe verpflichtet, seine einzige Verpflichtung besteht vielmehr lediglich in der Pflicht zur Eigentumsverschaffung.

Anders bei der sog. traditio brevi manu: zwar wird hier die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur verschafft, aber es wird doch das tatsächliche Herrschaftsverhältnis grundlegend geändert; denn der Käufer wird jetzt erst unmittelbarer Eigenbesitzer der verkauften Sache. Durch diese Besitzveränderung genügt der Verkäufer unbestrittenermaßen seiner Übergabepflicht (vgl. Planck S. 348 Anm. 2b α; Örtmann S. 342 Anm. 1a, aber auch S. 323 oben; Endemann S. 969 Anm. 6 u. s. w.).

Nach § 433 spricht zunächst wieder § 440 Abs. II von der „Übergabe" und zwar zweifellos im dargelegten Sinne; Eigentumsverschaffung kann hier unmöglich darunter verstanden werden, da ja gerade die Rechtsbehelfe mangels Eigentumsverschaffung den Gegenstand der gesetzlichen Regelung bilden. Aber auch Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs genügen nicht (u. a. z. B. Titze a. a. O. S. 272 Anm. 31). Denn sonst könnte das Gesetz nicht von einer „Herausgabe" an den Drittberechtigten bezw. von einer „Rückgewährung" an den Verkäufer sprechen. Auch sollte ja § 440 Abs. II B. G.-B. verhüten, daß sich der Käufer gleichzeitig im tatsächlichen Genusse der Sache befindet und Gewährschaftsansprüche wegen Mangels im Recht erhebt (vgl. Planck S. 343 Anm. 5b).

§ 446 B. G.-B. soll später erst besprochen werden.

In § 448 und 449 B. G.-B. sind wieder scharf die Kosten der Übergabe, also der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt auf Grund des Kaufs (§ 448 B. G.-B. „insbesondere die Kosten des Messens und Wägens") und die Kosten der Rechtsverschaffung (§ 449 B. G.-B.) getrennt. Die Kosten der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt trägt

der Verkäufer, die Kosten der Rechtsverschaffung, die natürlich nur bei Grundstücken eine Rolle spielen können — denn bei beweglichen Sachen ist ja der Eigentumsübergang eine natürliche Folge der Übergabe, — trägt der Käufer; so wenigstens beim Sachkaufe und beim Kauf eines Rechts an Grundstücken (für den Kauf eines Rechts an einer beweglichen Sache vgl. die Sonderbestimmung in § 447 Abs. II).

Auch § 450 B. G.-B. kann nur die Übergabe im possessorischen Sinne im Auge haben, denn wenn hier von Verwendungen des Verkäufers vor der Übergabe, aber nach dem Übergange der Gefahr die Rede ist, so ist hiemit natürlich vorausgesetzt, daß der Verkäufer überhaupt noch faktisch in der Lage ist, solche Verwendungen zu machen, daß er also noch im Besitze der Sache ist. § 450 hat offenbar die Fälle des § 446 Abs. II und § 447 im Auge, was sich auch aus den Motiven (Band II S. 325 unten) mit aller Bestimmtheit ergibt; daher kann auch Übergabe in § 450 nur Besitzverschaffung bedeuten, denn sonst gäbe ja § 450 in Verbindung mit § 446 Abs. II überhaupt keinen Sinn; würde er ja doch mit Einsetzung der Übergabe im Sinne der Eigentumsverschaffung lauten: „Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Eigentumsverschaffung als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen" u. s. w.!

Trotzdem also, wie gezeigt, das Wort „Übergabe" durchwegs im Sinne der Besitzverschaffung zu verstehen ist, soll es in § 446 B. G.-B. Eigentumsübertragung bedeuten, dies aber auch wieder nicht auch in Abs. II, sondern lediglich in Abs. I und auch hier nur wieder für bewegliche Sachen! Dasselbe Wort soll also in § 446 Abs. I Satz 1 einen Doppelsinn haben: für unbewegliche Sachen gleich Besitzverschaffung, für bewegliche Sachen dagegen gleich Rechtsverschaffung! (Vgl. Endemann S. 591 Anm. 36.) § 446 Abs. I Satz 1 sagt aber nichts anderes, als daß sowohl für Grundstücke, als auch für bewegliche Sachen die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs das Entscheidende ist, und nur so viel ist richtig, daß diese bei beweglichen Sachen zugleich zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt.

Ortmann führt S. 343c aus: „Will man aus diesen Bestimmungen ein allgemeines Prinzip entnehmen, so wird es nicht das sein können, daß, wie nach § 323, der Übergang der Gefahr erst eintritt, wenn der Verkäufer seine ihm nach § 433 obliegenden beiden Hauptverpflichtungen, die Übergabe der Kaufsache und die Eigentumsverschaffung daran erfüllt hat." Dem ist, was später noch auszuführen

ist, vollkommen beizustimmen. Während aber das Gesetz in § 446 B. G.-B. im offenbaren Anschlusse an § 433 B. G.-B. fortfährt „mit der Übergabe" geht die Gefahr über, behauptet Örtmann dagegen „mit der Eigentumsverschaffung" (a. a. O.). Hält man (wovon wir schon gesprochen haben) mit Örtmann (a. a. O. S. 323 β) die herrschende — jedenfalls mit dem Wortlaut des § 433 B. G.-B. allein zu vereinbarende — Ansicht fest, in § 433 seien dem Verkäufer zwei nebeneinander bestehende Hauptverpflichtungen auferlegt, so ist jede Ansicht, die nicht entsprechend dem klaren Wortlaut und Sinne des § 446 B. G.-B. prinzipiell die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs für den entscheidenden Moment bezüglich des Gefahrübergangs ansieht, unserer Ansicht nach eine unnötige, jedenfalls unzulässige Korrektur des Gesetzes.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes läßt sich erweisen, daß unter Übergabe die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs zu verstehen ist (vgl. Motive II S. 205—7; 322—24; Protokolle II S. 58—62; Denkschrift S. 61).

Es ist zwar selbstverständlich, daß einer der Beweggründe für die Wahl der Übergabe als Zeitpunkt des Gefahrübergangs der war, die Übergabe sei bestimmt und geeignet, Eigentum zu übertragen, aber eben so sicher ist, daß die Übergabe keineswegs lediglich als Form oder Mittel der Eigentumsübertragung gewählt wurde, — und deshalb genügt, worauf später noch zurückzukommen sein wird, die sog. Ersatzübergabe nicht den Anforderungen des § 446 —; es wurde vielmehr zugleich auch erwogen, daß durch die Übergabe dem Verkäufer die Möglichkeit genommen sei, die Sache zu überwachen, und daß ihm deshalb billigerweise nicht noch länger die Gefahr der Sache aufgebürdet werden könne.

Man kann dabei bezweifeln, ob letztere Erwägung in dieser Form sachlich haltbar ist, denn Martinius a. a. O. S. 62 hat dagegen nicht ohne Grund geltend gemacht: „Keinesfalls zieht sonst die obligatorische Pflicht zur Überwachung einer fremden Sache die Haft für den Zufall ohne weiteres (ohne besonderes Garantieversprechen) nach sich; die bloße Möglichkeit der Überwachung sollte es noch viel weniger tun." Vielleicht wäre es richtiger gewesen, darauf zu sehen, ob die Sache aus dem dem Verkäufer eigentümlichen Gefahrenkreise heraus- und in den Gefahrenkreis des Käufers getreten ist; letzteres wäre der Fall gewesen nicht nur, wenn die Sache dem Käufer in unserem

Sinne übergeben wurde, sondern wenn sie auch mit Willen des Käufers beim Verkäufer oder einem Dritten blieb.

Jedenfalls aber ist klar, daß *nicht* sowohl die *Eigentumsverschaffung*, sondern die *Übergabe wegen* der damit verbundenen *Verschaffung* des unmittelbaren *Besitzes* und wegen ihrer natürlichen *Bestimmung* — der *Eigentumsverschaffung* — gewählt wurde. Selbstverständlich waren sich aber die Redaktoren des B. G.-B. dessen bewußt, daß die Übergabe nicht in allen Fällen eigentumverschaffenden Effekt haben kann, während die Wirkung der Besitzübertragung natürlich immer eintritt; eine besondere Bestimmung wurde aber für die Ausnahmefälle der mangelnden Eigentumsverschaffung nicht getroffen. Man darf aber auch nicht, wie noch aus dem Folgenden zur Genüge hervorgehen wird, als selbstverständlich unterstellen, daß § 446 nur die Übergabe mit eigentumsübertragender Wirkung verstehe; dies umso weniger als aus den Zitaten der Motive II S. 323 Anm. 1 (vgl. insbesondere die schon früher erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts in Band VII S. 241—243) mit Sicherheit hervorgeht, daß das B. G.-B. bewußt mit dem Satze casum sentit dominus gebrochen hat. So sagt daher selbst *Dernburg* II[2] § 174 II, der bekanntlich entgegen der reichsgerichtlichen Judikatur für das preußische allgemeine Landrecht diesen Satz in Anspruch nahm: „Die §§ 446, 447 schließen sich an die Gestaltung der preußischen Praxis an; doch dem Grundsatze casum sentit dominus huldigen sie um deswillen nicht."

Absicht der Redaktoren des B. G.-B. war es prinzipiell den Gefahrübergang an einfache klare, in die äußere Erscheinung tretende und damit leicht beweisbare Akte zu knüpfen, um so die mit dem römischrechtlichen Prinzipe verbundenen schwierigen Liquidationsprozesse zu vermeiden, daher wurde die Übergabe — ohne Nachprüfung, ob auch wirklich Eigentum verschafft worden sei — und bei Grundstücken außerdem noch die Auflassung als maßgebend erachtet.

Als ausschlaggebend für die Richtigkeit seiner Ansicht erachtet *Örtmann* folgendes (a. a. O. S. 343): „Daß § 446 B. G.-B. den Gefahrübergang nicht an die bloße Besitzüberlassung geknüpft wissen will, ergibt sich deutlich aus § 440 Abs. I und II a. E., wonach auch nach erfolgter Übergabe § 323 anwendbar ist, der Käufer sogar nach erfolgtem Untergange der Sache Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann, wenn ihm die Übergabe Eigentum

nicht verschafft hatte, wegen eines Rechtsmangels des Verkäufers" (ähnlich Titze a. a. O. S. 256 Anm. 2).

Die Argumentation beruht also wieder auf dem Bestehenbleiben der Gewährleistungsansprüche trotz Untergangs der Sache (es gibt übrigens auch eine allerdings meist ganz totgeschwiegene Gefahr der Verschlechterung, die grundsätzlich nicht anders zu behandeln ist, als die Gefahr des Untergangs!). Unsere Stellungnahme zu dieser Beweisführung kann prinzipiell keine andere sein wie bei unseren Ausführungen zur Lehre Titzes — § 446 B. G.-B. greife nicht durch, falls die übergebene Sache mangelhaft sei —, denn ob Gewährleistung wegen Sachmängel oder wegen Rechtsmängel in Frage stehen, kann unsere Auffassung vom Wesen des Gefahrübergangs nicht alterieren. Auch der Örtmannschen Lehre liegt trotz der Bemerkung in seinem Kommentare S. 344 Anm. 2 einerseits eine übertriebene Vorstellung von der Bedeutung des Gefahrübergangs, andrerseits eine Unterschätzung der an den Gefahrübergang sich knüpfenden Folgen (Recht auf die commoda, Gewährleistung wegen Sachmängel) zu Grunde.

Doch soll über den Zusammenhang zwischen Gefahrtragung und Rechtsgewährleistung mit der besonderen Pointierung, daß gerade § 323 trotz § 446 anwendbar bleibe, erst an späterer Stelle gesprochen werden.

Keinesfalls ist es angängig, wenn Örtmann das Ergebnis seiner Beweisführung aus § 440 B. G.-B. auf die Fälle überträgt, in denen der Eigentumsübergang noch vertragsmäßig aufgeschoben sein soll (vgl. Örtmann S. 343): Hauptfall § 455 B. G.-B. (Kauf mit Eigentumsvorbehalt). Denn die einzige für die Zulässigkeit der Analogie erforderliche ratio der Lehre Örtmanns — der Rechtsgewährleistungsanspruch — greift ja hier nicht durch. Freilich nehmen auch wir mit Eccius (Gruchot 43 S. 883, Planck Anm. 2b zu § 446) und anderen an, daß der Gefahrübergang dann nicht stattfindet, wenn die Übergabe nicht auf Grund des Kaufs, sondern nur auf Grund eines mit einem befristeten Kaufe verbundenen Nebenvertrags erfolgt, da ja in diesem Falle nicht Eigenbesitz und bei beweglichen Sachen nicht unmittelbarer Besitz zum Zwecke der Eigentumsübertragung verschafft wird; deutet doch schon der Wortlaut des § 446 „Übergabe der verkauften Sache", darauf hin, daß die Übergabe auf Grund Kaufs erfolgen muß.

Im Einzelnen soll gegen Örtmann noch das Nachstehende ausgeführt werden: Seine Begründung läßt ähnlich wie Titzes Lehre entgegen den Bestimmungen in §§ 446 Abs. II und 447 überhaupt keine Ausnahme zu. Oder ist bei Grundstücken anders als bei beweglichen Sachen nach dem Gefahrübergang und Untergang bezw. Verschlechterung des Grundstücks der Gewährleistungsanspruch ausgeschlossen? Ganz undenkbar! Soll ja doch, wie auch Örtmann (S. 343b) annimmt, nach §§ 440 Abs. I mit Abs. II der Rechtsmangel bei Immobilien stärker wirken als bei Mobilien! Schon dies muß uns dazu führen, von einem grundsätzlich anderen Standpunkte aus an die ganze Frage heranzutreten, während Örtmann entgegen der klaren Bestimmung in § 446 Abs. II einfach annimmt, die Gefahr gehe beim Grundstückskaufe nur über, wenn der Verkaufer Eigentümer war oder mindestens gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Übereignung bezw. auf Genehmigung der Veräußerung hatte. Diese Weitläufigkeiten stehen aber im Widerspruche mit dem Gesetze und der Absicht der Redaktoren, die im B. G.-B. klaren Ausdruck gefunden hat, an möglichst einfache und leicht beweisbare Rechtsakte den Gefahrübergang zu knüpfen. Nun zu § 447 B. G.-B. Soll hier, falls die z. B. gestohlene Sache nach der Versendung untergeht, der Gewährleistungsanspruch erlöschen? — das ist natürlich wieder ebenso unannehmbar. Die Gewährleistungsansprüche bleiben bestehen, folglich muß notwendig entweder — wie Örtmann für § 446 Abs. I annimmt — die Gefahr entgegen § 447 erst mit der Eigentumsübertragung übergehen, oder Örtmann muß hier denselben, dem Gesetze wieder unbekannten Vorbehalt wie bei § 446 Abs. II machen; letzteres scheint übrigens nicht seine Absicht zu sein, denn wir finden in seinen Anmerkungen zu § 447 B. G.-B. keine darauf bezügliche Bemerkung. Wir halten es daher für nicht richtig, wenn Örtmann S. 344 ausführt: „Gegen das hier Gesagte (=gegen das von ihm formulierte Prinzip) kann man auch nicht § 447 anführen. Allerdings widerspricht er dem hier angenommenen Prinzip, er macht sich aber deutlich als eine bloße Ausnahme kenntlich und würde zudem auch zu dem gegenteiligen Grundsatz, wonach die Übergabe des Besitzes entscheidet, nicht passen, da die Versendung keineswegs als solche den Käufer schon zum Besitzer macht." Letzteres kann freilich nicht bestritten werden und eben deswegen ist § 447 eine Ausnahmebestimmung, die aber im übrigen organisch zum Prinzip des § 446 Abs. I paßt, während sie bei Zugrundelegung des Örtmannschen Prinzips vollständig aus dem Rahmen der Gedanken

fallen würde, die nach dieser Lehre das Prinzip des B. G.-B. beherrschen.

Aber weiter! Die Begründung Örtmanns muß auch zu dem Resultate führen, daß nicht nur Verschaffung des Eigentums, sondern auch lastenfreie Verschaffung des Eigentums zum Gefahrübergange erforderlich ist, denn nach § 434 B. G.-B. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Wegen eines jeden solchen Rechts aber stehen dem Käufer die Rechtsbehelfe aus § 440 B. G.-B. zu, insbesondere besteht der Schadenersatzanspruch nach § 440 B. G.-B. Abs. II wegen eines jeden Rechts eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt. Dabei können auch inhaltlich die deswegen entstehenden Gewährleistungsansprüche ebenso weit gehen, wie die Ansprüche wegen nicht verschafften Eigentums, dies dann, wenn das beschränkte dingliche Recht z. B. Nießbrauch die Befugnisse des Eigentümers praktisch aufhebt. Warum soll der Gewährleistungsanspruch mangels Eigentumsverschaffung den Gefahrübergang hindern, derselbe Anspruch wegen eines anderen dinglichen Rechts dagegen nicht? Schließlich würde das Argument Örtmanns auch dann durchgreifen, wenn zwar lastenfreies Eigentum an der Sache verschafft wurde, der Verkäufer aber nach dem Vertrage auch noch zur Übergabe in unserem Sinne — der Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes — verpflichtet wäre, denn auch falls er dieser Verpflichtung nicht genügte, sind nach § 440 Abs. I B. G.-B. die §§ 320—327 B. G.-B. anwendbar (vgl. Staudinger zu § 440 Anm. I Aa).

Außer den Fällen, wo nach der eigenen Annahme Örtmanns der Gefahrübergang von der Eigentumsverschaffung unabhängig ist (§ 446 Abs. II; und § 457) gibt es aber auch noch andere Fälle, die sich unserer Ansicht nach an der Hand des Örtmannschen Prinzips gar nicht lösen lassen.

Denn wie soll es sich mit dem Gefahrübergange verhalten, wenn dem Käufer, trotzdem ihm die Übergabe Eigentum nicht verschaffen konnte, die Gewährleistungsansprüche nicht zur Verfügung stehen? Wann soll z. B. der Gefahrübergang vor sich gehen, wenn der Käufer den Rechtsmangel beim Kaufabschlusse kennt? Vgl. § 439 B. G. B. Doch wohl nur mit der Übergabe in possessorischem Sinne, denn würde man Übergabe wieder im Sinne der Eigentumsverschaffnng verstehen, dann kann die Gefahr überhaupt nicht übergehen. Oder soll man für diesen Fall auf § 323 B. G. B. zurückgreifen? Warum aber

diese Weitläufigkeit, wo doch die Sache tatsächlich übergeben wird! § 323 ist, wie wir sehen werden und wie auch Örtmann annimmt eine Ausnahmebestimmung für die Frage des Gefahrübergangs beim Kauf, die erst angewendet werden darf, wenn die Regel des § 446 sich als nicht anwendbar erweist.

Wir haben bei Widerlegung der Ansicht Titzes bereits auf den Zusammenhang zwischen dem Tragen des periculum und dem Recht auf die commoda der verkauften Sache hingewiesen (vgl. § 446 Abs. I Satz 2, Örtmann S. 344 Anm. 3; Motive II S. 324/5). So oft die Frage des Gefahrübergangs verneint wird, ist auch zugleich verneint, daß im obligatorischen Verhältnisse zwischen Verkäufer und Käufer letzterem die Nutzungen der gekauften Sache gebühren. Dies also auch, wenn man den Gefahrübergang mangels Eigentumsverschaffung leugnet. Man muß sich dann dafür entscheiden, daß der gutgläubige Käufer — also der gutgläubige Eigenbesitzer — einer Sache, welcher, sofern er sich in den Schranken einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gehalten hat, dem Eigentümer gegenüber durch § 992 B. G.-B. geschützt ist, der ferner nach § 995 Eigentümer der Nutzungen wird, obligatorisch verpflichtet ist, letztere dem Verkäufer (vielleicht dem Diebe!) herauszugeben. Ein besonderer Ansporn für den Käufer zur Fruchtgewinnung wird das gerade nicht sein. Dieses Ergebnis steht aber wiederum im Widerspruche mit der Tendenz des § 440 Abs. II B. G. L., wonach verhütet werden soll, daß sich der Käufer trotz des Rechtsmangels im ungestörten tatsächlichen Genusse der Sache befindet und doch Schadensersatzansprüche mit Erfolg geltend macht. Denn wenn nach dem Gesetze alle Nutzungen noch dem Verkäufer gebühren, läßt sich ja überhaupt kein Fall denken, in dem sich der Käufer trotz nicht verschafften Eigentums im ungestörten tatsächlichen Genuß der Sache befindet. Dabei kann auch nicht mit dem zu unterstellenden Parteiwillen geholfen werden, denn der Widerspruch zwischen § 446 Abs. I Satz 2 und § 440 Abs. II soll ja im Gesetze selbst seine Ursache haben.

Und wie leicht läßt sich diese Folge wieder vermeiden! Mit der Übergabe d. h. mit der Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs geht die Gefahr über, gleichgültig ob Eigentum verschafft wurde oder nicht, und damit gebühren im obligatorischen Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer ersterem die Nutzungen.

Besonders eigentümlich wären die hier interessierenden Folgen der gegenteiligen Ansicht beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt; denn hier ist es, da der gutgläubige Erwerb nicht in Betracht kommt, sachenrecht-

lich ganz klar, daß der Käufer immer Eigentümer der gezogenen Früchte wird: § 955 B. G. B. Trotzdem soll das B. G. B. wieder auf dem Standpunkte stehen, daß er verpflichtet ist, die gezogenen Nutzungen an den Verkäufer wieder herauszugeben; dieses Ergebnis ist ganz unannehmbar.

Jeder Zweifel an der Richtigkeit unserer Auslegung, daß prinzipiell die Rechtsverschaffung für den Gefahrübergang gleichgültig ist und daß trotz Fortbestehens der Gewährleistungsansprüche nach dem Sachuntergange gemäß der Anschauung des B. G. B. die Gefahr übergegangen ist, muß schwinden, wenn wir die Örtmannsche Lehre in ihren Konsequenzen bezüglich der Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel verfolgen. Hier tritt eine offenbar dem Gesetze ganz unbekannte, eigentümliche Abhängigkeit der beiden Arten von Gewährleistungsansprüchen ein.

Nach § 459 Abs. I B. G. B. haftet nämlich, was wir schon gegenüber Titze hervorheben mußten, der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß diese zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mangelhaft im Sinne des Gesetzes ist. Nach § 459 B. G. B. Abs. II haftet er auch dafür, daß die Sache zu dieser Zeit die zugesicherten Eigenschaften hat. § 459 B. G. B. wird verschieden ausgelegt: bald so, daß jetzt erst die Gewährschaftshaftung des Verkäufers entsteht; bald so, daß auch schon vor der Übergabe diese Ansprüche geltend gemacht werden können und daß sohin diese Gesetzesbestimmung nur die bereits mit dem Vertragsschlusse entstanden und für die Zwischenzeit fortdauernde Haftung begrenzt. (Vgl. über diese Streitfrage die Kommentare zum B. G. B.).

Unseres Erachtens steht nur die erstere Ansicht im Einklange mit dem Wortlaute des Gesetzes. Wer aber auf dem Boden dieser Ansicht steht, wird sich Örtmann schwerlich anschließen; denn dann käme man zu dem eigentümlichen Ergebnisse, daß dem Käufer einer Sache, an der ihm der Eigentümer das Recht nicht verschaffen konnte, auch die Gewährleistungsansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Sache versagt sind. Dies wäre namentlich dann wieder eine höchst sonderbare Folge, wenn der Käufer keinen Anlaß hätte, die Ansprüche wegen nicht verschafften Eigentums zu erheben. (Vgl. § 440 Abs. II B. G. B.) Soll die Gewährleistungsklage nach § 459 ff. B. G. B. abgewiesen werden, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellt, es sei Eigentum nicht verschafft worden? Soll der Eigentumserwerb an der mangelhaften Sache zur Substanzierung der Wandlungs- oder Minderungsklage gehören?

Nach § 477 B. G.-B. ferner verjähren die Gewährleistungsansprüche (Wandlung u. Minderung) in sechs Monaten von der „Ablieferung". Sollte die Sache immer noch nicht „abgeliefert" sein, wenn nur Eigentum noch nicht verschafft ist? Dies insbesondere beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt! Die Verjährung des Wandlungsanspruchs hat doch dessen Entstehung und diese wieder den Gefahrübergang (nach der hier zunächst interessierenden Auslegung des § 459 B. G.-B.), letzterer aber nach der Lehre Örtmanns wieder Eigentumsverschaffung zur Voraussetzung.

Alle diese Konsequenzen wären ganz unerträglich für die Haftung aus Zusicherungen nach § 459 Abs. II, da diese Garantieversprechen vollständig in der Luft hängen würden.

Auch der Käufer einer Sache, an der sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, wird sich wundern, wenn er vernimmt, daß er den Wandlungs- und Minderungsanspruch nicht erheben kann bevor er nicht vollständig bezahlt hat; dagegen würden die Abzahlungsgeschäfte mit dieser Folge offenbar zufrieden sein können. Was ergäben sich ferner für Schwierigkeiten im Falle des § 469 Satz 2 B. G.-B., wenn nicht an allen Sachen Eigentum verschafft würde, bezw. wenn bezüglich einiger ein Eigentumsvorbehalt getroffen würde.

Dabei sitzt der Fehler keineswegs in der von uns als richtig erachteten Auslegung des § 459, denn die Ergebnisse werden nicht weniger seltsam, wenn man die Ansicht zu Grunde legt, wonach diese Gewährleistungsansprüche auch vor dem Gefahrübergange entstehen und § 459 nur die bereits mit dem Vertragsschluß entstandene und für die Dauer der Zwischenzeit fortbestehende Haftung begrenzt. War das Ergebnis bei der ersterwähnten Ansicht unannehmbar für den Käufer, so ist das Ergebnis im Sinne der zweiten Ansicht ebenso unannehmbar für den Verkäufer. Konnte Eigentum nicht verschafft werden, so konnte die Gefahr nicht übergehen und deshalb ist der Verkäufer nach § 459 B. G.-B. für alle Mängel der verkauften Sache, die bis zum Gefahrübergang eintreten, haftbar, wenn sie nur nicht auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen sind. Es ist klar, daß eine Sache, die bei der Übergabe tadellos war, mit der Zeit einmal mangelhaft werden kann (man denke nur an Sachen, die täglich benützt werden), aber auch wenn die Sache nach jahrelangem Gebrauch durch die ordnungsmäßige Benützung Mängel erlitten hat, macht der Käufer noch immer mit Erfolg den Wandlungs- und Minderungsanspruch wegen dieser Sachmängel geltend, trotzdem er sich vielleicht

im ungestörten tatsächlichen Genuß der Sache befand (vgl. § 440 Abs. II).

Diese Unzuträglichkeiten verstärken sich natürlich wieder, wenn wir die Haftung für die zugesicherten Eigenschaften nach § 459 Abs. II B. G.-B. in Betracht ziehen. Hängt das Garantieversprechen nach ersterer Ansicht in der Luft, so erhält nach der jetzt interessierenden Auslegung der § 459 Abs. II B. G.-B. einen Sinn, der dem Parteiwillen direkt entgegengesetzt ist. Die Haftung aus den Zusicherungen steigert sich, falls Eigentum nicht verschafft werden konnte, zeitlich ins Ungemessene und muß, auch wenn die Sache zur Zeit der Übergabe in unserem Sinne in jeder Beziehung dem Versprechen entsprochen hat, schließlich doch, trotzdem sich vielleicht der Rechtsmangel nicht fühlbar macht, zur erfolgreichen Wandlungs- oder Minderungsklage führen.

Am größten wird dabei die Unbilligkeit wieder beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt: Letzterer kommt dem Verkäufer besonders teuer zu stehen. Der Verkäufer erhält den Kaufpreis nicht sofort, er trägt die Gefahr der Sache und ist für jeden später ohne Verschulden des Käufers entstehenden Mangel, für jedes später eintretende Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft den Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt, bis der Käufer den Kaufpreis vollständig entrichtet hat. Je längere Zahlungsfristen der Verkäufer bewilligt hat, desto länger haftet er aus seinen Zusicherungen! Dabei dürfen wir auch nicht den zu unterstellenden Parteiwillen allein zu Hilfe nehmen, denn wir dürfen auch dem Gesetze selbst nicht ohne Not derartige Ergebnisse imputieren. Mit der Besitzverschaffung geht eben auch hier wieder die Gefahr über und damit ist die Haftung sowohl nach Abs. I wie nach Abs. II des § 459 B. G. B., mag es um die Eigentumsfrage stehen, wie es will, zeitlich begrenzt.

Nach § 483 B. G. B. ferner beginnt die Gewährfrist (eine bekanntlich ziemlich kurz bemessene Frist) mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Der Ausgestaltung der Mängelhaftung beim Tierkaufe liegt daher nicht nur die Absicht zu Grunde, dem Verkäufer zweifelsfreie Gewißheit zu verschaffen, für welche Fehler er haftet (vgl. § 482 B. G. B.) sondern insbesondere auch darüber, wie lange er haftet. Konnte aber Eigentum nicht verschafft werden, so geht ja wieder die Gefahr nicht über, die Gewährfrist beginnt folglich nicht zu laufen, die Haftung für die Hauptmängel besteht nur auf dem Papier. Wurde das Tier mit Eigentumsvorbehalt verkauft (§ 455 B. G. B.), dann beginnt die Gewährfrist mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises und der Tierkauf

wird dann zum Spekulationsgeschäft, denn wie soll denn der Verkäufer mit einiger Sicherheit eine Haftung dafür übernehmen können, daß sich nicht in der Zwischenzeit doch Hauptmängel einstellen. § 483 B. G. B. will offenbar wieder den Billigkeitsstandpunkt herauskehren (Einschränkung der Haftung auf gewisse Fehler und eine ziemlich kurze Zeit), dies ist ihm aber nach der Örtmannschen Lehre vom Gefahrübergange schlecht genug gelungen.

Ja beim Kaufe von nur der Gattung nach bestimmten Sachen, an der sich der Verkäufer das Eigentum nach § 455 vorbehielt (oder an der Eigentum nicht verschafft werden konnte), hätte der Käufer das Recht — von dem diesmal die Abzahlungsgeschäfte weniger erbaut wären — falls nur noch ein kleiner Restbetrag des Kaufpreises noch nicht bezahlt wäre und die Sache durch die tägliche Abnützung fast wertlos geworden wäre, nach § 459 mit 480 B. G. B. an Stelle der nun freilich mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen!

Alle diese hier ausführlich wiedergegebenen Konsequenzen lassen unsere wiederholte Behauptung, die Übergabe nach § 446 Abs. I B. G. B. sei nicht Eigentumsübertragung, sondern Besitzübertragung, als ganz sicher und unbestreitbar erscheinen und unsere schon gegenüber Titze herausgestellte Ansicht über die Bedeutung des Gefahrübergangs wird damit von neuem bekräftigt. Sagt Titze (S. 256 Anm. 2) von der Ansicht Cosacks I S. 419 Ziffer 7, wonach die Gefahr der Kaufsache auch dann übergehe, wenn die Übergabe unvollkommen ist, d. h. gegen die vertragsmäßigen Verpflichtungen des Verkäufers verstößt, diese Ansicht sei „jedenfalls nicht richtig", so behaupten wir, sie ist zweifellos richtig (vgl. auch Endemann S. 948 b).

§ 8.

Da wir im vorstehenden bereits dargelegt haben, daß das B. G.-B. die Gefahr beim Kaufe prinzipiell auch dann übergehen läßt, wenn Eigentum nicht verschafft werden konnte bezw. nicht verschafft werden sollte (z. B. Kauf mit Eigentumsvorbehalt), so haben wir uns damit zugleich für die Ansicht entschieden, daß § 446 B. G.-B. nicht lediglich eine konkrete Anwendung des § 323 B. G.-B. in Beziehung auf den Kauf darstellt. (So auch die herrschende Meinung: vgl. z. B. Örtmann Anm. 1c zu § 446; Dernburg II 2 § 174 II; Endemann S. 946 Ziff. 4; Cosack I S. 417 II 1 u. s. w.)

In diesem Sinne bemerken auch die Motive II S. 323: „Denn es kann der Übergang der Gefahr augenscheinlich keineswegs von der

Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig gemacht werden." In diesem Falle könnte man ja, wie bereits in der Einleitung ausgeführt ist, wegen gleichzeitigen Erlöschens der obligatio nicht von einem periculum obligationis des Verkäufers reden, da ihn in diesem Falle nur das periculum rei träfe.

Nach § 323 B. G.-B. würde die Gefahr den Verkäufer erst dann nicht mehr treffen, bezw. (wenigstens nach dem Sprachgebrauche des B. G.-B.) „die Gefahr" erst dann auf den Käufer „übergehen", wenn der Verkäufer die Sache sowohl übergeben, als auch Eigentum an ihr verschafft hätte. Nach § 446 dagegen geht prinzipiell die Gefahr schon über mit der Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs. Damit soll freilich in keiner Weise bestritten werden, daß in aller Regel sich § 446 Abs. I mit § 323 decken wird, da die Übergabe ja in weitaus den meisten Fällen zugleich eigentumsverschaffenden Effekt hat; wir bestreiten nur, daß dies notwendig der Fall sein muß. Die Lehre, daß § 446 Abs. I sich mit § 323 nicht bloß in der Regel, sondern notwendigerweise inhaltlich decke, ist nicht weit verbreitet: Örtmann huldigt ihr z. B., wie wir gesehen haben, nicht, wohl aber Titze (vgl. S. 256 insbes. Anm. 2, auch Kohler a. a. O. II S. 248 I), und doch stimmen diese beiden Autoren inhaltlich vollständig überein, dies deshalb, weil beide prinzipiell Eigentumsverschaffung zum Gefahrübergang fordern, beide Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs für genügend erachten, Örtmann aber in letzteren Akten keine „Übergabe", vielmehr nur Eigentumsverschaffung sieht, während Titze hiemit zugleich auch die Übergabe für vollzogen hält; so kommt Örtmann zu dem Schlusse, Eigentumsverschaffung ohne Übergabe genügt zum Gefahrübergange, also enthält § 446 Abs. I von § 323 eine Ausnahme, Titze dagegen hält für vollständig erfüllt, daher decken sich nach seiner Meinung beide Vorschriften (ähnlich Krahmer: Gegenseitige Verträge S. 125 Anm. 21). Auch Crome scheint (a. a. O. S. 416 Z. 1) der gleichen Ansicht wie Titze zu sein, indem er hier „prinzipiell" nur bei Übergabe und Eigentumsverschaffung die Gefahr übergehen läßt. Doch dürfte hiemit Crome hier nur den Regelfall im Auge gehabt haben, da sich anderfalls folgende Bemerkung Cromes (a. a. O. S. 438) nicht hiemit in Einklang bringen lassen würde: „Droht die Entwährungsgefahr in Wirklichkeit, so fällt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auch nicht deshalb hinweg, weil das Kaufobjekt vor Eintritt der Entwährung zufällig zu Grunde geht, selbst wenn der Käufer schon die Gefahr trug."

Daß Crome hiemit keineswegs bloß die Ausnahmefälle des § 117 B. G.-B. meint, geht aus den Beispielen (a. a. O. S. 139 Anm. 9) klar hervor. Auch Kisch (Unmöglichkeit) dürfte trotz seiner Ausführungen a. a. O. 62a nicht eine Übereinstimmung des § 446 mit 323 annehmen, da er a. a. O. S. 68 Z. 4 (im sachlichen Gegensatze zu Örtmann, daher kaum zutreffend Örtmanns Bemerkung S. 343 unten und 341 oben) als Ausnahmefall auch den Verkauf fremder Sachen anführt.

Natürlich sehen auch alle Schriftsteller, die ausdrücklich den Gefahrübergang unabhängig von der Eigentumsübertragung eintreten lassen, in § 446 Abs. I eine Ausnahmebestimmung von § 323. So z. B. Cosack I S. 418 Z. 4: „Demgemäß ist keine Rede davon, daß Gefahrübergang und Eigentumsübergang sich gegenseitig bedingen (casum sentit dominus). Allerdings wird der Käufer, der das Eigentum der Kaufsache erworben hat, immer zugleich auch deren Gefahr tragen. Nicht aber kann man umgekehrt sagen, solange der Käufer das Eigentum der Kaufsache nicht erworben hat, hat er auch deren Gefahr nicht zu tragen." Hierauf verweist er nicht nur auf § 446 Abs. II und § 117, sondern auch auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt und auf den Kauf einer gestohlenen Sache. Man wird daher Cosack nicht mit Örtmann (a. a. O. S. 342 Anm. 1a zu § 446) zu den Autoren rechnen dürfen, die die „Übergabe" im Sinne der Eigentumsübertragung verstehen. Dasselbe gilt von Martinius a. a. O. S. 54 mit S. 65 V. Die Schriftsteller, welche die „Übergabe" nur in possessorischem Sinne verstehen (vgl. die Literaturangaben bei Örtmann a. a. O.), stehen selbstverständlich alle auf dem gleichen Standpunkte wie wir, d. h. sie lassen mit dieser Übergabe auch ohne Eigentumsverschaffung die Gefahr übergehen.

Das Verhältnis des § 446 Abs. 1 zu § 323 oder umgekehrt ist aber noch nicht erschöpfend bestimmt, wenn wir sagen, daß erstere Bestimmung eine Ausnahme von letzterer ist. § 323 ist vielmehr auch eine ergänzende Bestimmung, die immer dann Platz greift, wenn es an eine Anwendbarkeit des § 446 B. G.-B. gebricht (vgl. Örtmann S. 341 sub d; S. 347 Ziff. 7). Doch müssen wir uns die Ausführungen dazu noch etwas versparen, da wir den Begriff der Übergabe im Sinne der verschiedenen Autoren noch nicht vollständig umgrenzt haben. Wir wiederholen aber zuvor noch einmal das Ergebnis: Übergabe nach § 446 ist nicht identisch mit vollständiger Erfüllung, wie sie § 323 B. G.-B. fordern würde.

§ 9.

Nach einer weitverbreiteten Ansicht ist unter Übergabe auch die sog. Ersatzübergabe (traditio brevi manu, constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs vgl. § 929 ff.) zu verstehen, so z. B. Cosack a. a. O. § 122 II 5; Crome § 213, 1a; Martinius S. 54; Kisch S. 62; Titze S. 257; Kober Staudinger zu § 446 Nr. I 2a (der nur die Abtretung des Herausgabeanspruchs ausschließt, ebenso Düringer-Hachenburg III S. 54). Hiegegen hat bereits Örtmann (Ziff. 1a zu § 446) mit Recht eingewandt, daß bei diesen Akten von einer Übergabe nach der Anschauung des B. G.-B. nicht die Rede ist („kann die Übergabe ersetzt werden") und daß sie ihr nur im Sinne des Eigentumsübergangs gleichstehen. Wir haben bereits früher wiederholt erwähnt, daß unter Übergabe nach B. G.-B. nur die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs zu verstehen ist (vgl. in diesem Sinne auch die bei Örtmann S. 343 oben zitierten Autoren). Dabei haben wir auch schon darauf hingewiesen, daß von den Ersatzmitteln der Übergabe nur die traditio brevi manu der eigentlichen Übergabe bezüglich der Frage des Gefahrübergangs gleichsteht, da hierdurch, wenn auch nicht von neuem die unmittelbare Gewalt über die Sache verschafft wird, doch der frühere Besitz eine Veränderung in Eigenbesitz auf Grund des Kaufs erfährt, so daß auch hier die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs, die das entscheidende Kriterium nach § 446 Abs. I B. G.-B. bildet, gegeben ist, die Gefahr also hiemit auf den Käufer übergehen kann. Beim constitutum possessorium dagegen sowohl wie bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs findet höchstens die Einräumung mittelbaren Besitzes an den Käufer statt. Das B. G.-B. kennt diese Akte überhaupt nicht im 3. Buch 1. Abschnitt, der vom Besitze handelt, sondern nur im 3. Abschnitt dieses Buchs und zwar nur als Formen des Eigentumserwerbes für bewegliche Sachen: nur die zweite der Hauptverpflichtungen des Verkäufers nach § 433 B. G.-B., nur die Eigentumsverschaffung wird durch diese Formen erfüllt, nicht dagegen die erste, die Übergabe. Hat das constitutum possessorium den eigentumsverschaffenden Effekt nicht, so ist keine der beiden genannten Verpflichtungen nach § 433 B. G.-B. erfüllt und daher schon aus diesem Grunde undenkbar, daß das B. G.-B. schon mit diesen Rechtsakten, falls sie Eigentum nicht verschaffen konnten, die Gefahr übergehen lassen konnte; denn wenn man auch nach der Äußerung der Motive den

Gefahrübergang nicht von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig machen wollte, so würde die Lehre derer, welche constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs ohne Rücksicht auf die Übertragung des Eigentums genügen lassen wollen, einen Rechtszustand bewirken, der im Effekte dem des römischen Rechts ganz nahe kommen würde, da ja in diesem Falle der Gefahrübergang von der Erfüllung der Hauptverpflichtungen ganz unabhängig wäre. Wir erklären uns daher hier von vornherein gegen die Lehre Cosacks § 122 II 5, Martinius' S. 54, Düringer-Hachenburgs III S. 54 u. a. Ob, falls diese Akte Eigentum verschafften, die Gefahr übergeht, soll hier zunächst außer Betracht bleiben; denn jedenfalls geht sie nicht nach § 446 B. G.-B. über, da, wie gesagt, nach der Anschauung des B. G.-B. von Übergabe nicht gesprochen werden kann. Allerdings hat die II. Kommission in § 477 bei Verjährung des Wandlungs- bezw. Minderungsanspruchs die Übergabe durch die „Ablieferung" ersetzt, weil unter „Übergabe" auch die sog. Ersatzübergabe zu verstehen sei. Dieses Motiv aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist aber nicht von Belang, weil damit das Gesetz nicht im Einklang steht. Das B. G.-B. steht nämlich hier auf einem anderen Standpunkte als das preußische allgemeine Landrecht, für das die Ansicht der genannten Autoren ganz zutreffend wäre. Dort war im Teil I Titel 11 § 95 bestimmt: „Solange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt .... Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last." § 124 eodem: „Der Verkäufer muß die Übergabe so leisten, daß der Käufer dadurch in den Stand gesetzt werde, über die gekaufte Sache nach dem Inhalt des Kontrakts zu verfügen." § 137 a. a. O.: „Überhaupt muß die Übergabe nach den Vorschriften des 7. Titels § 58 ff. erfolgen." Dort sind aber unter dem Titel „Besitzverschaffung" direkt als Übergabe im Sinne der Besitzlehre in §§ 70—73 (nach der körperlichen Übergabe in § 58) die Rechtsakte aufgeführt, die nach B. G.-B. die Übergabe als Mittel, Eigentum zu übertragen, ersetzen. Es fehlt insbesondere nach B. G.-B. jeder Anhaltspunkt, diesen Ersatz der Übergabe auch für Grundstücke als Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu erachten, wo doch diese Akte nur für bewegliche Sachen die Übergabe und zwar wie erwähnt nur in ihrem eigentumsübertragenden Effekt, keineswegs aber allgemein ersetzen. Versteht man unter Übergabe auch die Ersatzmittel der Übergabe, dann ist die „Übergabe" wirklich nur als Form der Eigentumsverschaffung gemeint, und damit ist in § 446 Abs. I

wirklich die Eigentumsverschaffung als der entscheidende Zeitpunkt für den Gefahrübergang anerkannt, dann ist es aber auch einzig konsequent mit Ortmann den Satz „casum sentit dominus" als leitendes Prinzip des B. G.-B. aufzustellen.

Übrigens ist es auch vom Standpunkte der Lehre, daß unter Übergabe auch der Übergabeersatz zu verstehen ist, kaum billigenswert, mit Düringer-Hachenburg III S. 54 und Staudinger Anm. I 2c zu 446 einen Unterschied zwischen constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs zu machen; denn wenn hiefür geltend gemacht wird, dem Käufer werde durch das Konstitut Besitz verschafft, so ist dieser Besitz offenbar nur ein mittelbarer, der doch auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 B. G.-B. übertragen wird, wenn nur der Verkäufer mittelbarer Besitzer war.

Wir kommen also zu dem Resultate, daß nach § 446 Abs. I B. G.-B. unter Übergabe nicht das constitutum possessorium und nicht die Abtretung des Herausgabeanspruchs verstanden werden darf. Noch entschiedener müssen wir uns gegen die willkürliche Verwendung des Ausdrucks „Übergabe" durch Titze (a. a. O. S. 256 ff.) wenden, er versteht nämlich darunter bald Besitzverschaffung und Eigentumsverschaffung, bald Eigentumsverschaffung allein, bald aber wieder keines von beiden; er scheint überhaupt „Übergabe" im Sinne des § 446 Abs. I mit vollständiger Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers zu gebrauchen, was ja mit seiner Anschauung, § 446 enthalte nur eine konkrete Anwendung des § 323 in bezug auf den Kauf, zusammenhängt. Man braucht sich aber noch nicht einer „an den äußeren „Wortlaut klammenden Interpretation" (so Titze a. a. O. S. 258) schuldig zu machen, wenn man die offenbar konstante Bedeutung eines bestimmten Ausdrucks im B. G.-B. festhält, und dabei zu befriedigenden Resultaten kommt. Damit sind wir bei einem Punkt, den wir einstweilen zurückgestellt haben.

Titze (a. a. O. S. 257) bildet nämlich folgendes Beispiel: „Es verkauft jemand von seinem für den Abbruch bestimmten und bereits völlig leer stehenden Hause die Türen und die Fensterrahmen an den X. und die „Übergabe" erfolgt in der Weise, daß der Verkäufer dem X. sagt, er solle, wann es ihm beliebt, aber möglichst bald, damit der Abbruch des Hauses beginnen könne, die Fenster und Türen aus den offen stehenden Wohnungen fortnehmen, X. zögert noch einige Tage, bevor er von dieser Befugnis Gebrauch macht. Mittlerweile brennt das Haus ab."

Hier hält Titze die Übergabe für vollzogen. Wir behaupten aber, daß in diesem Falle überhaupt keine Übergabeverpflichtung besteht. § 446 Abs. I B. G.-B. aber ist nur anwendbar in den Fällen, in denen diese Verpflichtung zur Übergabe im Sinne des § 433, also zur Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs besteht (vgl. Planck zu § 446 Anm. 2 b α). Im vorgenannten Beispiel soll nicht der Verkäufer dem Käufer den Besitz verschaffen, sondern der Verkäufer gestattet dem Verkäufer sich selbst diesen Besitz zu verschaffen. Auch wir sind mit Titze der Ansicht, daß der Verkäufer in diesem Falle alles getan hat „was zu tun ihm unter den obwaltenden Umständen zugemutet werden kann" (Titze a. a. O. S. 257), und auch wir halten es darum nur für „recht und billig, daß hier bereits das periculum interitus et deteriorationis auf den Käufer übergeht", denn der Verkäufer hat nach dem konkreten Vertrage vollständig seine Pflichten erfüllt, alles andere ist Sache des Käufers. Aber wir stützen den Gefahrübergang nicht auf § 446 Abs. I, der offenbar auf diesen Fall nicht paßt, sondern auf § 323 B. G.-B. (vgl. Planck zu 446 Anm. 2 b α), wonach spätestens mit der Erfüllung (was eigentlich selbstverständlich ist) die Gefahr auf den Käufer übergeht.

Von diesem Gesichtspunkt aus treten wir auch an die Beantwortung der Frage heran, ob das constitutum possessorium oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Übergange der Gefahr genügt. Nach § 446 Abs. I ist dies, wie wir festgestellt haben, nicht der Fall, da nicht der unmittelbare Eigenbesitz verschafft wurde. Wir behaupten aber, daß in diesem Falle, soweit nicht die Parteien ausdrücklich das Gegenteil vereinbart haben, überhaupt keine Übergabepflicht, sondern nur die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung besteht; denn beim constitutum possessorium verlangt der Käufer die gekaufte Sache vom Verkäufer nicht mehr zurück auf Grund des Kaufs, sondern auf Grund des speziellen obligatorischen Verhältnisses, das den Gegenstand des Besitzkonstituts bildet; bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs aber ist der Verkäufer überhaupt nicht mehr in der Lage dem Käufer den Besitz zu verschaffen, vielmehr muß sich der Käufer auf Grundlage seines Eigentums den Besitz selbst verschaffen. Es ist klar, besteht keine Verpflichtung zur Übergabe, knüpft aber, wie wir festgestellt haben, das Gesetz bezüglich des Gefahrübergangs prinzipiell an die Erfüllung, so kann es in diesen Fällen den Gefahrübergang nur an die Eigentumsverschaffung knüpfen: Die Ersatzübergabe als solche genügt nicht zur Bewirkung

des Gefahrübergangs, wohl aber die Eigentumsverschaffung auf Grund derselben, dies zwar, wie gesagt, nicht nach § 446 Abs. 1, sondern nach § 323 B. G.-B., der spätestens bis zur Erfüllung dem Verkäufer die Gefahr beläßt. Es erhellt auch hieraus, daß hienach bei Grundstücken diese Ersatzübergabe nie genügen kann, weil sie hier nicht eigentumsübertragende Wirkung hat, daß ferner, wie wir bereits festgestellt haben, diese Ersatzübergabe auch bei beweglichen Sachen die Wirkung des Gefahrübergangs nur hervorbringt, wenn hiedurch wirklich Eigentum verschafft wurde.

§ 10.

Bevor wir unsere bisherigen Ergebnisse zusammenfassen, müssen wir noch einen Blick auf den Zusammenhang zwischen Gefahrtragung und Rechtsgewährleistung werfen.

In vielen Fällen wird der Verkäufer, der die Sache übergeben hat, sich mit dem noch ausstehenden Leistungsteile im Verzuge des Schuldners befinden. Hier greifen selbstverständlich die allgemeinen Verzugsfolgen in bezug auf Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen ein (vgl. § 326), wonach praktisch die Folgen des Gefahrübergangs in bezug auf die Kaufpreiszahlungspflicht wieder auf den Käufer zurückgewälzt werden. Dies ist keine Besonderheit; denn auch nach römischem Rechte war die Folge des Gefahrübergangs ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß sich der Verkäufer nicht in mora befinde, welch letztere sich hier freilich, da eine positive Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht bestand, nur in der mora tradendi offenbaren konnte, während nach B. G.-B. überhaupt erst die Gefahr den Verkäufer verläßt, wenn er tradiert hat.

Soweit im übrigen die Rechtsfolgen aus der Nichterfüllung bzw. aus der Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommen, ist hier noch folgendes auszuführen:

Wie wir Titze gegenüber bereits hervorgehoben haben, bedeutet der Satz — die Gefahr geht auf den Käufer über — keineswegs, daß der Käufer immer dann bezahlen muß, wenn die Sache zu Grunde geht, er besagt vielmehr nur, daß „der Untergang oder eine Verschlechterung des Kaufgegenstandes den Ansprüchen des Verkäufers nicht mehr schadet" (vgl. Örtmann a. a. O. S. 344 Anm. 2); damit ist, wie früher schon erwähnt, noch keineswegs gesagt, daß diesen Ansprüchen nicht andere Umstände schaden könnten: z. B., wie wir gesehen haben, die Mangelhaftigkeit der verkauften Sache. Tritt in

solchen Fällen, ungeachtet des Untergangs bzw. der Verschlechterung der Sache, die Pflicht zur vollen Kaufpreiszahlung nicht ein, so ist damit zwar die praktischste Folge des Gefahrübergangs aufgehoben, die Gefahr aber trotzdem übergegangen, was sich stets in den Rechtsfolgen bezüglich der commoda der verkauften Sache und bezüglich der Gewährleistungspflicht deutlich zeigt.

Wenn wir es als die Wirkung des Gefahrübergangs bezeichnet haben, daß eine zufällige Verschlechterung oder der zufällige Untergang des Kaufgegenstandes dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers nicht schadet, so ist damit ausgedrückt, daß die auf dem zufälligen Sachuntergange beruhende Leistungsunmöglichkeit (vgl. Planck Anm. 2a zu § 446) nicht die Rechtsfolgen des § 323 B. G.-B. auslöst, daß sie den Käufer von seiner Kaufpreiszahlungspflicht nicht befreit, mit anderen Worten: Der Käufer muß sich in Ansehung seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises so behandeln lassen, wie wenn die Sache nicht untergegangen wäre, wie wenn sie nicht schlechter geworden wäre. Müßte er zahlen, auch wenn die Sache nicht untergangen oder schlechter geworden wäre, so muß er auch zahlen, obgleich sie untergegangen oder schlechter geworden ist, dies ist die Folge der Gefahrtragung; mußte er dagegen nicht zahlen, auch wenn er die Sache noch in dem Zustand hätte, in dem sie ihm übergeben ist, so muß er auch dann nicht zahlen, wenn die Sache inzwischen untergegangen ist, dies ist die Wirkung der Gewährleistung. Wäre letzteres nicht so, so würde ja — wie schon erwähnt — sich als Folge des Gefahrübergangs für den Verkäufer eine ganz ungerechtfertigte Bereicherung ergeben. Wir bedienen uns des Beispiels Cosacks § 125 Ziff. V. Für den unterschlagenen Pelz, der an den gutgläubigen Käufer versendet wird und auf dem Transporte verloren geht, muß der Kaufpreis bezahlt werden, denn er wäre auch zu zahlen, falls der Pelz nicht verloren gegangen wäre; in diesem Falle wäre nämlich der Käufer Eigentümer desselben geworden. Hier tritt die Wirkung der Gefahrtragung in die Erscheinung. Diese Entscheidung scheint uns entgegen der Annahme Cromes (a. a. O. S. 439 Anm. 9) auch nicht das Rechtsgefühl zu verletzen; dies wäre nur dann der Fall, wenn erstens sicher wäre, daß der Verkäufer sich der unerlaubten Handlung (des Unterschlagens) schuldig gemacht hätte und wenn zweitens sicher wäre, daß wirtschaftlich dem Verkäufer auch der Kaufpreis verbliebe. Keines von beiden ist aber sicher. Jedenfalls darf der Aus-

gleich, der das Rechtsgefühl befriedigen soll, nicht im Verhältnisse des Verkäufers zum Käufer, sondern nur im Verhältnisse dessen, der die Unterschlagung begangen hat, zu dem, zu dessen Nachteil die unerlaubte Handlung begangen ist, gesucht werden.

Dagegen können wir Endemann (a. a. O. S. 949 Anm. 29) nicht folgen, wenn er ausführt: „Immerhin bleibt dem Verkäufer der Beweis offen, daß er ohne den Untergang durch bestimmte Rechtsgeschäfte u. s. w. in der Lage gewesen wäre, der Verschaffung lastenfreien Eigentums zu genügen; und dann tritt die Wirkung der Gefahrtragung in Geltung." Der Käufer braucht sich keineswegs darauf einzulassen, was einmal in Zukunft hätte sein können; er kann vielmehr verlangen, daß die Rechtslage bezüglich der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung vom Zeitpunkte des Untergangs der Sache aus beurteilt werde. Nicht ob der Verkäufer überhaupt einmal in die Lage kommen konnte, Eigentum zu verschaffen, ist entscheidend, sondern ob er hiezu zur Zeit des Sachuntergangs im stande war. Die Wirkung der Gefahrtragung tritt unserer Auffassung nach daher beispielsweise erst dann ein, wenn der Verkäufer schon das Eigentum von dem wirklichen Eigentümer erworben hatte und noch, bevor es ihm gelingt, das Eigentum auf den Käufer zu übertragen, die Sache zu Grunde geht.

Braucht der Käufer trotz Untergangs der Sache und trotz Übergangs der Gefahr schließlich doch den Kaufpreis oder doch den vollen Kaufpreis im Effekte nicht zu bezahlen, so beruht dies darauf, daß der Verkäufer den Rechtsmangel zu vertreten hat und daß naturgemäß die Folgen einer zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung bezw. des Unvermögens zur Leistung die Folgen einer sich noch dazu gesellenden zufälligen — durch den Sachuntergang verursachten — Unmöglichkeit der Leistung überwiegen müssen. Hier könnte gleich der Einwand gebracht werden, daß auch der Verkäufer nicht jede Unmöglichkeit zur Rechtsverschaffung zu vertreten hat, so daß etwa die Folgen einer auf zwei verschiedenen Ursachen beruhenden zufälligen (d. h. nicht zu vertretenden) Unmöglichkeit in ihrer gegenseitigen Stärke zu beurteilen wären. Aber hiebei kann eine Komplikation mit der Gefahrtragung eintreten. Im allgemeinen hat nämlich der Verkäufer jeden Rechtsmangel bezw. die darauf beruhende Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten; dies interessiert hier nicht; nach zutreffender Ansicht aber hat er die auf einem nachträglich (nach Kaufabschluß) entstehenden Rechtsmangel beruhende Unmöglichkeit der Leistung nicht

zu vertreten, wenn es sich um eine aus „objektiven, von der Gestaltung des Rechtskreises des Verkäufers ganz unabhängigen Gründen erfolgende tatsächliche oder rechtliche Entziehung der Sache handelt" (vgl. hierüber Ortmann a. a. O. S. 336 lit. β). Als Beispiele werden gewöhnlich erwähnt die Enteignung oder Einziehung. Erfolgen nämlich diese Akte nach der Übergabe und Eigentumsverschaffung, so ist dies selbstverständlich der Schade des Käufers, erfolgen sie nach der Übergabe, ohne daß Eigentum verschafft werden konnte, so wird hiedurch an der auf anderen Gründen beruhenden zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit nichts geändert; erfolgen sie aber schließlich vor der Übergabe, so wird meist letztere — und damit der Gefahrübergang — überhaupt nicht mehr bewirkt werden können, gelingt trotzdem noch die Übergabe, so steht gleichwohl, auch wenn die Sache untergeht, dem Käufer das Leistungsverweigerungsrecht nach § 323 B. G.-B. zu, denn der juristische casus ist noch vor der Übergabe eingetreten, Ereignisse aus der vorhergehenden Zeit aber können in ihren Wirkungen nicht durch den nachträglich erst erfolgten Gefahrübergang modifiziert werden (vgl. Ortmann Anm. 2 zu § 446). Aber auch in den Fällen, in denen die Folgen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung, die Folgen der nachträglich noch hinzutretenden auf dem Sachuntergange beruhenden nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung überwiegen, macht sich doch die Wirkung der Gefahrtragung fast überall praktisch bemerkbar; denn eine auf dem Rechtsmangel beruhende Unmöglichkeit der Erfüllung liegt offenbar nur insoweit vor, als nicht schon abgesehen von der Rechtsverschaffung durch die Übergabe „erfüllt" ist; die Folgen dieser Unmöglichkeit müssen sich daher prinzipiell auf den Teil der Leistung beschränken, der noch aussteht. Wir nehmen den Ausgangspunkt vom Beispiele Dernburgs (a. a. O. § 181 Note 5 der I. Auflage): Jemand kauft ein Tier, nutzt es bis zu dessen natürlichem Tode und erhebt dann den Schadensersatzanspruch. Dies würde mit Recht für unzulässig erachtet und zwar zumeist mit der Begründung, daß ein Schade nicht entstanden sei (vgl. z. B. Planck Anm. 4 d δ zu § 440). Man wird aber mit Crome (a. a. O. S. 439 Anm. 10) entgegen der Ansicht Düringer-Hachenburgs (a. a. O. S. 122) und anderer weitergehen müssen und die Frage nicht dahin spezialisieren, ob in diesem Falle noch Schadensersatzansprüche nach § 440 Abs. 2 B. G.-B. erhoben werden können, vielmehr wird man zu fragen haben, ob überhaupt noch Gewährleistungsansprüche wegen

des Rechtsmangels geltend gemacht werden können. Dies verneint Crome (a. a. O.) im vorliegenden Beispielsfalle mit der zutreffenden Begründung, es sei der Fall gerade so zu entscheiden, wie wenn der Käufer z. B. durch das Hand wahre Hand-Prinzip das Vollrecht erlangt hätte. „Die Gewährleistungsfrage wird, wenn sie nicht zur Erledigung kommt, dadurch schließlich einmal abgetan" (Crome a. a. O.). Aber warum? Wir stehen nicht an zu behaupten, weil erfüllt ist, weil mindestens praktisch der Käufer genau dasselbe gehabt hat, was er gehabt hätte, falls der Verkäufer ihm auch noch das sich in diesem Falle als überflüssig erweisende Eigentum verschafft hätte und weil es jedenfalls Treu und Glauben widersprechen würde, wollte der Käufer behaupten, es sei nicht erfüllt.

Wir glauben aber nicht, daß man zu demselben offenbar der Billigkeit entsprechenden Resultate gelangen kann, wenn man in diesem Falle die Gefahr noch nicht als übergegangen erachtet; denn hier würde das Leistungsverweigerungsrecht nach § 323 B. G.-B. eingreifen und abgesehen hievon müßten ja schon die von uns früher besprochenen Folgen der Gewährleistung wegen Sachmängel eine unserem Ergebnisse entsprechende Entscheidung unmöglich machen.

Aber auch wer die Gefahr für übergegangen erachtet, dagegen in der Übergabe ohne Eigentumsverschaffung schlechthin „Nichterfüllung" sieht (vgl. z. B. Endemann S. 962 Ziff. 2), wird natürlich zu anderen Resultaten kommen. Indes von „Nichterfüllung" in Fällen zu sprechen, wo der gutgläubige Käufer vielleicht jahrelang die gekaufte Sache genutzt hat, nach § 955 auch Eigentümer der gezogenen Früchte und Erzeugnisse geworden ist, nach § 993 dem Eigentümer diese Nutzungen nicht herauszugeben braucht, wofern er sich im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gehalten hat, schließlich gemäß § 446 Abs. 1 Satz 2 auch im obligatorischen Verhältnisse zwischen ihm und dem Verkäufer nutzungsberechtigt ist, hier wiederholen wir, abstrakt von Nichterfüllung zu sprechen, scheint uns, ganz abgesehen von formal juristischen Erwägungen, ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben zu sein, daß wir diese Frage für gar nicht diskutierbar erachten. Man darf auch die Anwendung der Begriffe von Treu und Glauben nicht um deswillen für ausgeschlossen erachten, weil es sich in den einschlägigen Fällen meist um Sachen handelt, bezüglich deren ein Eigentumsdelikt verübt wurde — andernfalls würden ja, wenigstens in der Regel, die Bestimmungen über den Schutz des guten Glaubens helfen —; man darf eben, wie schon bemerkt, auch in diesen Fällen

den Verkäufer nicht immer mit dem Dieb u. s. w. identifizieren und den Ausgleich zur Befriedigung des Billigkeitsgefühls nicht im Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer, sondern nur zwischen dem Dieb und dem Bestohlenen suchen.

In der Regel, so werden wir daher sagen müssen, liegt in der Übergabe ohne Eigentumsverschaffung teilweise Erfüllung (vgl. Ortmann S. 323 β); inwieweit die Erfüllung geleistet ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden; eine allgemeine Regel läßt sich kaum aufstellen. Freilich können sich hieraus praktische Schwierigkeiten ergeben, aber Schwierigkeiten sind immer noch besser als Unbilligkeiten. Unter Umständen, wie im vorgenannten Beispielsfalle, kann die in der Übergabe liegende Erfüllung der vollständigen Erfüllung gleichkommen, in extremen Fällen kann in der Übergabe ohne Eigentumsverschaffung auch so gut wie keine Erfüllung liegen, dies z. B. in dem Beispiele die Enteignung, wo der Besitzer jeden Augenblick erwarten muß, daß ihm, ohne daß er Aussicht hat, den Eigentumsanspruch mit Erfolg abzuwehren, die Sache abverlangt wird. Man wird im allgemeinen nur sagen können, je später ihm die Sache abverlangt wird bezw. je später der Rechtsgewährleistungsanspruch erhoben wird, desto mehr wird teilweise Erfüllung in der Richtung auf vollständige Erfüllung, je früher dagegen diese Ereignisse eintreten, je weniger lang sich der Käufer im ungestörten Genusse der Sache befand, desto mehr neigt sich die teilweise Erfüllung der Nichterfüllung zu.

Diese Erwägungen begrenzen die Rechte des Käufers, die aus dem Rechtsmangel resultieren, inhaltlich im allgemeinen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ihm nach dem Gefahrübergange (abgesehen von der Beschränkung des Schadensersatzanspruchs nach § 440 Abs. II B. G.-B.) noch alle Rechtsbehelfe aus §§ 320 ff. zustehen. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß nach dem Gefahrübergange d. h. nach der Übergabe wegen des Sachuntergangs bezw. wegen der Verschlechterung derselben für eine direkte Anwendung des § 323 B. G.-B. (also nicht erst durch Verweisung nach § 325, § 326 B. G.-B.) kein Raum mehr ist.

Nehmen wir den Fall der zufälligen Verschlechterung der Sache; dabei müssen wir voraussetzen, daß an sich bis zum Gefahrübergang (d. h. bis zur Übergabe) im Falle der eintretenden Verschlechterung der Sache das Leistungsverweigerungsrecht nach § 323 B. G.-B. wenigstens zum Teile bestünde; denn man könnte wohl von einer Ge-

fahr der Verschlechterung überhaupt nicht sprechen, falls schon vor dem Gefahrübergang dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht bestand (vgl. über diese Streitfrage: Örtmann, S. 361 ff.). Wegen des im Rechtsmangel begründeten ursprünglichen Leistungsunvermögens des Verkäufers kann § 323 direkt nicht eingreifen, denn er behandelt den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit, wegen des später eintretenden vom Verkäufer zu vertretenden Leistungsunvermögens ist diese Vorschrift nicht anwendbar, denn § 323 spricht nur von dem Fall der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit (im genannten Falle gibt § 325 Maß); hat der Verkäufer das nachträgliche Leistungsunvermögen nicht zu vertreten (z. B. Fall der Enteignung), so kann der Verkäufer von seinem Rechte nach § 323 Gebrauch machen, aber, wie wir schon ausgeführt haben, kann in diesem Falle überhaupt keine Komplikation mit den Folgen der Gefahrtragung eintreten; der Käufer darf aber auch in allen den genannten Fällen nicht das Leistungsverweigerungsrecht aus § 323 wegen der nach der Übergabe erfolgten Verschlechterung der Sache geltend machen, denn es ist sein Schade, wenn inzwischen die Sache verschlechtert wurde; er trug ja die Gefahr; hiemit harmoniert es auch, daß ihm nach der Übergabe wegen später eintretender Sachmängel die Gewährleistungsansprüche nach § 459 ff. B. G.-B. versagt sind. Diese ganze Ordnung beruht, wie wir bemerkt haben, darauf, daß sich der Käufer nach dem Gefahrübergange so behandeln lassen muß, wie wenn er die gekaufte Sache noch in dem Zustände hätte, wie sie ihm vom Verkäufer übergeben wurde; da ihm dieses Leistungsverweigerungsrecht auch in diesem Falle nicht zustehen würde, steht es ihm auch nicht deshalb zu, weil die Sache schlechter geworden ist.

Wir entscheiden aber auch dann nicht anders, wenn die Sache nach der Übergabe untergegangen ist; denn einerseits besteht meist in der Unmöglichkeit der Leistung, die ihren Grund im Untergange der Sache und der Unmöglichkeit, die ihren Grund lediglich in der Verschlechterung der Sache hat, nur ein gradueller Unterschied (Unmöglichkeit überhaupt zu leisten, und Unmöglichkeit vollständig zu leisten), und es wird oft praktisch schwierig zu entscheiden sein, ob vollständiger Untergang oder nur Verschlechterung anzunehmen ist, anderseits ergibt sich die schon hieraus zu folgernde Notwendigkeit der prinzipiellen gleichen Behandlung beider Fälle auch aus § 446 Abs. I Satz 1, dem es offenbar zuwiderlaufen würde, wollte man die Gefahr des Untergangs und die Gefahr der Verschlech-

terung nicht von den gleichen Prinzipien aus betrachten. Es würde aber unserer Ansicht nach einen direkten Widerspruch mit der Annahme des Gefahrübergangs bedeuten, würde man annehmen, daß der Käufer für den Fall des Sachuntergangs einfach die Kaufpreiszahlung aus § 323 B. G.-B. verweigern dürfe. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn erstens dem Gesetz die Ansicht zu Grunde liegen würde, daß nunmehr die Unmöglichkeit der Leistung auf dem Sachuntergange beruhe, daß daher Ansprüche infolge des Sachuntergangs in Frage stünden, und zweitens die Gefahr des Untergangs auf den Käufer noch nicht übergegangen wäre. Das Gesetz steht aber offenbar in § 440 (insbes. Abs. II) auf dem Standpunkte, daß die Gewährleistung wegen des Rechtsmangels trotz des Sachuntergangs und trotzdem, daß die Gefahr übergegangen ist, stattfindet, mit anderen Worten: **das Gesetz ignoriert bei der Gewährleistungsfrage den Sachuntergang** ebenso wie die Verschlechterung. Damit kommen wir wieder zur Formel, der Käufer hat zu bezahlen, wie er zu zahlen hätte, wenn die Sache nicht untergegangen wäre. Daraus folgt, daß die auf dem Sachuntergange beruhende nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Leistung bei den Gewährschaftsansprüchen nicht in Betracht gezogen werden darf. Wir halten es daher nicht für richtig, und insbesondere nicht mit der Annahme Endemanns, die Gefahr gehe auch ohne Eigentumsverschaffung über (vgl. Endemann a. a. O. S. 949 insbes. Anm. 29) als vereinbar, wenn dieser Schriftsteller ausführt, falls der Verkäufer dem Käufer ein gestohlenes Pferd übergeben habe, sei letzterer im Falle des Eingehens des Pferdes befugt, nach § 323 den Kaufpreis zurückzubehalten. Dies ist schon deshalb nicht richtig, weil ja § 323 wie § 446 eine Norm über die Gefahrtragung enthält und wir (mit Endemann a. a. O. S. 986 Z. 4) angenommen haben, § 446 Abs. I enthalte zugunsten des Verkäufers eine Ausnahmebestimmung von § 323 B. G.-B. Nur soweit die nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung auf einem nachträglich eingetretenen vom Verkäufer nicht zu vertretenden Rechtsmangel beruht, kann § 323 B. G.-B. trotz § 446 eingreifen, ein Fall, für den wir nur wiederholen können, daß hiemit sich die Gefahrfrage nicht komplizieren kann. Was dagegen ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung war, ist auch nach dem Sachuntergange bezüglich der Gewährleistungspflicht als solche zu behandeln (vgl. auch Kisch S. 66 Anm. 27), ebenso wie das nachträgliche

zu vertretende Leistungsunvermögen des Verkäufers die schärferen Folgen des § 325 B. G.-B. und nicht die schwächeren Folgen des § 323 B. G.-B. auslöst, was man konsequenterweise doch annehmen müßte, falls man sich das ursprüngliche Leistungsunvermögen als durch den Sachuntergang in nachträgliche objektive nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung mit den Folgen aus § 323 B. G.-B. verwandelt denkt. Zur konsequenten Entscheidung kommt man nur wieder durch die Formel, der Käufer wird in Ansehung der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises so behandelt, wie wenn die Sache nicht untergegangen wäre und mithin das Leistungsunvermögen bezw. die Unmöglichkeit der Leistung allein auf dem Rechtsmangel beruhen würde. Der Käufer darf *nicht schlechter* behandelt werden, als wenn die Sache nicht untergegangen wäre: daher kann er, wie gesagt, die Rechte aus § 325 bezw. § 326 B. G.-B. geltend machen, auch wenn nachträglich die Leistung wegen des zufälligen Sachuntergangs objektiv unmöglich geworden ist: denn es würde mit dem *Wesen des Gefahrübergangs*, wonach dem Kaufpreisanspruche des Verkäufers *nur nachträglich eintretende, zufällige Ereignisse* schaden, in Widerspruch stehen, wenn die Haftung aus dem ursprünglichen oder nachträglich zu vertretenden Leistungsunvermögen bezw. aus dem Verzuge erlöschen und einheitlich nur die Folgen aus § 323 B. G.-B. in Betracht kommen würden (dies stünde auch in Widerspruch mit § 440 Abs. II B. G.-B., der doch das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs voraussetzt; denn bei Anwendung des § 323 kann von einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung keine Rede sein); der Käufer darf aber auch *nicht besser* behandelt werden, d. h. er darf aus dem Sachuntergange keine neuen Rechte für sich ableiten; er darf keine Rechte geltend machen, die er nicht ohnehin hätte, falls die Sache nicht untergegangen wäre (abgesehen natürlich von der positiven Bestimmung in § 440 Abs. II bezüglich des Schadensersatzanspruchs). Daher kann er nicht direkt aus § 323 ein Leistungsverweigerungsrecht entnehmen, da er in diesem Falle die auf dem Sachuntergange beruhende nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Leistung dazu benützen würde, um Recht daraus für sich abzuleiten.

Dabei kann man nicht etwa behaupten, es sei gleichgültig, ob man § 323 direkt oder nur infolge der Verweisung aus § 325 anwendet; denn § 323 erhält bei direkter Anwendung eine Folge der Gefahrtragung, die wir durch § 446 für ausgeschlossen erachten; § 325 dagegen sieht von der Gefahrtragung nach unseren bisherigen Aus-

führungen vollständig ab; er behandelt eine ganz andere Frage. Verneinen wir daher die direkte Anwendbarkeit des § 323, so kann zwar deshalb immer noch möglicherweise wirtschaftlich bezüglich der Kaufpreiszahlungspflicht der gleiche Effekt eintreten, wie bei direkter Anwendung des § 323; aber mag auch dem so sein, so ist eben bei Anwendung des § 325 der Gefahrübergang mit allen Begleiterscheinungen bejaht, bei Anwendung des § 323 dagegen verneint.

Es bleiben somit dem Verkäufer im *Falle der Verschlechterung der Sache* wegen des *ursprünglichen Unvermögens zur Leistung*: einmal die exceptio non adimpleti contractus nach § 320 B. G.-B. im vollen Umfange; denn, falls nicht § 320 Abs. II durchgreift, kann die Einrede wegen jedes noch ausstehenden Leistungsteils im ganzen Umfange erhoben werden; dann die Klage auf Erfüllung mit den Folgen aus § 325 Abs. II nach rechtskräftiger Verurteilung. Alle diese Rechte aus § 325 Abs. II sind inhaltlich jedenfalls soweit begrenzt als nach früher Ausgeführtem bereits teilweise Erfüllung vorliegt. Das Recht auf Schadensersatz ist, falls nicht § 440 Abs. II gegeben ist, ganz ausgeschlossen. Auf dem Umwege des 325 Abs. II ist auch § 323 anwendbar, aber nicht, wie wir bereits erwähnt haben, wegen der nach der Übergabe eingetretenen Verschlechterung, sondern nur wegen der noch ausstehenden Eigentumsverschaffung; der Schade, der in der Verschlechterung der Sache seinen Grund hat, bleibt definitiv beim Käufer, der die Gefahr trug. Dabei ist noch hervorzuheben, daß, insoweit nach unseren früheren Erörterungen bereits teilweise erfüllt ist, sich auch der Verkäufer nicht mehr auf § 325 Abs. I Satz 2 stützen kann; denn es widerspräche Treu und Glauben, wollte er, nachdem er vielleicht jahrelang die Sache genutzt hatte, behaupten, die teilweise Erfüllung habe jetzt für ihn kein Interesse mehr.

Dieselben Rechte wie nach § 325 Abs. II in demselben Umfange hat der Käufer nach § 325 Abs. I, wenn *nachträglich* ein Rechtsmangel entstanden ist, den der Verkäufer *zu vertreten* hat.

Geht *die Sache zufällig zu Grunde* und lag *ursprüngliches Leistungsunvermögen* zur Zeit des Sachuntergangs vor, so zessiert die Klage auf Erfüllung sowie die Einrede des nichterfüllten Vertrags, denn beide haben zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die Erfüllung noch objektiv möglich ist. Dabei muß aber unserer Ansicht nach (a. M. *Martinius* a. a. O. S. 66) der Käufer keineswegs die Klage auf Erfüllung auf seine Kosten zurücknehmen, vielmehr kann der Streit bezüglich der Kosten allein anhängig bleiben

und es ist hierüber Entscheidung nach dem Gesichtspunkte zu treffen, welche Partei gesiegt hätte, wenn die Hauptsache nicht inzwischen ihre Erledigung gefunden hätte (vgl. Seuffert, Kommentar zur Z.-P.-O. Ziff. 4 zu § 91 Z.-P.-O.).

Man könnte annehmen, gibt es keine Klage auf Erfüllung, so gibt es auch nicht die Rechte aus § 325 Abs. II, die ja eine rechtskräftige Verurteilung voraussetzen; diese Annahme stände aber im Widerspruche mit § 440 Abs. II, der offenbar die Existenz eines Schadensersatzanspruchs ganz allgemein nach den Bestimmungen der §§ 325, 326 voraussetzt: aus § 440 Abs. II muß daher zweierlei gefolgert werden: erstens, der Schadenersatzanspruch ist unabhängig von den formalen Erfordernissen des § 325 sowohl, wie des § 326 (vgl. Planck S. 343 δ); zweitens, wie der Schadenersatzanspruch, so stehen auch die übrigen Rechte aus §§ 325, 326 — ebenfalls losgelöst von den genannten formellen Erfordernissen — dem Käufer, wegen des Rechtsmangels zu (vgl. Örtmann Anm. 2 e α zu § 440, Anm. 1 a zu § 446). Dies erklärt sich befriedigend nur wieder von der Annahme aus, daß das Gesetz bezüglich der Gewährleistungsansprüche prinzipiell den Sachuntergang ignoriert. Gegen diesen Standpunkt kann auch nicht eingewandt werden, daß das Gesetz, indem es den Schadensersatzanspruch beim Sachuntergang gewähre, den Käufer besser stelle als vor dem Sachuntergange; denn einmal kann ja der Käufer auch vor dem Untergange den Schadenersatzanspruch geltend machen, wenn er die übrigen Voraussetzungen des § 440 Abs. II erfüllt, sodann geht gerade aus der Ausnahmebestimmung bezüglich des Schadensersatzanspruchs hervor, daß im übrigen keine Divergenz bezüglich der Gewährleistungsansprüche, die vor und nach dem Untergange der Sache erhoben werden, besteht.

Wir wiederholen also, daß der Käufer wegen des ursprünglichen Leistungsunvermögens auch nach dem Sachuntergange die Rechte aus § 325 Abs. II erheben kann. Über den Umfang der Ansprüche gilt das früher Gesagte. Selbstverständlich besteht, wie die herrschende Lehre mit Recht annimmt (vgl. z. B. Planck Anm. 5 e δ zu § 440; Staudinger Anm. II 2 zu e; Düringer-Hachenburg S. 121/22; u. s. w.) ein Schadensersatzanspruch nur insoweit, als der Käufer infolge des Rechtsmangels überhaupt noch geschädigt ist (z. B. der Betrag, der ihm wegen des Rechtsmangels etwa entgehenden Ersatzansprüche gegen den dritten Zerstörer vgl. Örtmann Anm. 2 e α zu § 440).

Ist der Rechtsmangel *später entstanden* und vom Verkäufer *zu vertreten*, so treten wieder die Folgen aus § 325 Abs. I ein, ohne daß hiezu nach dem Vorausgeführten weitere Bemerkungen veranlaßt wären.

§ 11.

Wir sind soweit, das praktische *Resultat* der Auslegung der §§ 446, 323, 440 herausstellen und das *Prinzip* des Gefahrübergangs beim Kaufe nach dem Recht des B. G.-B. formulieren zu können.

Nach § 446 Abs. 1 Satz 1 geht die Gefahr über mit der „*Übergabe*", d. h. nach unseren bisherigen Ausführungen der *Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs*. Damit wird zwar regelmäßig das Eigentum übertragen und die Gefahr somit in der Regel den Eigentümer treffen; dies ist aber etwas für den Gefahrübergang Gleichgültiges, denn der Gefahrübergang tritt auch ein, wenn die Übergabe eigentumsverschaffenden Effekt nicht hatte (sei es, daß Eigentum nicht übertragen werden konnte, sei es, daß der Eigentumsübergang noch nicht eintreten sollte); erforderlich ist, daß die Übergabe auf Grund Kaufs und nicht auf Grund eines mit dem Kaufvertrage verbundenen Nebenvertrags erfolgt. *Da sich Eigentumsübertragung und Gefahrtragung gegenseitig nicht bedingen, liegt der Satz „casum sentit dominus" dem Rechte des B. G.-B. nicht zu Grunde.* Diese Übergabe überträgt die Gefahr, in gleicher Weise wie bei beweglichen Sachen, so auch bei Grundstücken. Für beide Fälle hat der Ausdruck „Übergabe" in § 446 Abs. 1 Satz 1 die gleiche Bedeutung, nur daß natürlich bei beweglichen Sachen die „Übergabe" zugleich zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt. Bei Grundstücken geht nach § 446 Abs. II die Gefahr auch über mit der Eigentumsverschaffung bezw. der *Eintragung im Grundbuche*.

Zessiert nach unseren früheren Erörterungen die Übergabspflicht und wird infolgedessen das Eigentum durch *Constitutum possessorium* oder *Abtretung des Herausgabeanspruchs* übertragen (die traditio brevi manu braucht hier nicht erwähnt zu werden, denn sie ist, wie wir gesehen haben, in der „Übergabe" inbegriffen), so ist nicht § 446, sondern § 323 anzuwenden. Erst mit der Übertragung des Eigentums geht infolge vollständiger Erfüllung die Gefahr über bezw. technisch richtiger, bis dahin trägt der Verkäufer die Gefahr.

Ausnahmsweise tritt der Gefahrübergang ein, obwohl noch keine der beiden Hauptverpflichtungen des Verkäufers nach § 433 B. G.-B.

erfüllt ist, dies beim sog. Versendungskaufe nach § 447 und beim Erbschaftskaufe nach § 2380 B. G.-B. Da das B. G.-B. im § 446 B. G.-B. den Normalfall im Auge hat, daß die beiden Verpflichtungen nach § 433 B. G.-B. zu erfüllen sind, ist zweifellos in dieser Bestimmung das Prinzip des Gefahrübergangs enthalten, dies lautet aber hienach für bewegliche Sachen: die Gefahr geht mit der Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs über; für unbewegliche Sachen: die Gefahr geht entweder mit diesem Zeitpunkt oder mit der Rechtsverschaffung über, je nachdem der eine oder andere Rechtsakt früher erfolgt (jedenfalls aber sind beide Akte prinzipiell einander gleichgestellt, so daß man nicht sagen kann, regelmäßig gehe die Gefahr mit der Übergabe, ausnahmsweise mit der Auflassung über).

Es mag noch angefügt werden, daß im praktischen Ergebnisse die Gefahr bei Mobilien und Immobilien mit den gleichen Rechtsakten bezw. mit den gleichen Rechtswirkungen eintritt, wenn auch nicht auf Grund derselben gesetzlichen Bestimmung; denn immer wenn Eigentum verschafft wird, geht die Gefahr über, in gleicher Weise aber auch immer, wenn bloß der unmittelbare Eigenbesitz auf Grund des Kaufs verschafft wurde.

Wir kommen also praktisch zu demselben Resultate, das die Motive Band II S. 324 als „Prinzip" des B. G.-B. formulieren, wenn sie sagen: „Das Prinzip des Entwurfs, wonach der Käufer die Gefahr von dem Zeitpunkte an trägt, wo er, sei es die tatsächliche, sei es vorher die rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt hat, ist aber richtig, weil es, wie bemerkt, dem Wesen des Kaufvertrags und der regelmäßigen Parteiintention entspricht, zudem die rechtsgeschichtliche Entwicklung für sich hat".

§ 12.

Es erübrigt noch, die Frage des Gefahrübergangs bei den vom B. G.-B. nicht direkt geregelten Fällen kurz zu prüfen.

Zunächst über den Gefahrübergang beim suspensiv bedingten Kauf. Wie schon nach römischem Rechte, so kann auch nach dem Rechte des B. G.-B. die Beifügung einer Suspensivbedingung nicht ohne Einfluß bleiben auf die Frage, wann die Gefahr übergeht. Jedenfalls darf nicht das Prinzip allein ohne Rücksicht auf das Wesen der aufschiebenden Bedingung als ausschlaggebend erachtet werden (anders z. B. Düringer-Hachenburg S. 60 Ziff. 5); denn auch der Gefahr-

übergang ist eine der vielen Rechtswirkungen des Kaufvertrags und nach § 158 B. G.-B. tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritte der Bedingung ein. Ist der ganze Kauf suspensiv bedingt, so ist eben jede Rechtswirkung im Zweifel bis zum Bedingungseintritt gehemmt. Erst mit dem Eintritt der Bedingung, falls selbstverständlich die übrigen Voraussetzungen des Gefahrüberganges gegeben sind, tritt der Gefahrübergang ein. Ist daher z. B. nach der Übergabe, aber vor dem Eintritt der Bedingung, also vor dem Gefahrübergange die Sache schlechter geworden, so halten wir aus diesem Grunde, wie schon früher ausgeführt, das teilweise Leistungsverweigerungsrecht nach § 323 B. G.-B. für begründet. Wollen die Kontrahenten nach § 159 B. G.-B. „die an dem Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbeziehen", so liegt darin zugleich die Vereinbarung, daß mit diesem früheren Zeitpunkte die Gefahr übergeht oder mindestens, daß der wirtschaftliche Ausgleich so vollzogen wird, wie wenn die Gefahr übergegangen wäre.

Die dem römischen Rechte in Ergebnis und Begründung gleiche Entscheidung Örtmanns S. 365 Ziff. 6 und der dort Zitierten, dürfte sich nach B. G.-G. nicht rechtfertigen lassen, da diesem Gesetze eine unterscheidende Behandlung zwischen periculum interitus und deteriorationis fremd ist.

Beim auflösend bedingten Kauf geht mit der Übergabe auch die Gefahr auf den Käufer über mit der Folge bezüglich der commoda der gekauften Sache und der Gewährleistungsansprüche nach § 459 ff. B. G.-B. Geht während des Schwebens der Bedingung die Sache unter oder wird sie schlechter und fällt die Bedingung aus, so ist dies der Schade des Käufers; denn er trug die Gefahr. Tritt dagegen die Bedingung ein, so löst sie damit die Rechtswirkungen des Geschäfts, wie überhaupt das Geschäft im ganzen, wieder auf (vgl. § 158 Abs. II). Trotz des Sachuntergangs bezw. der Verschlechterung der Sache kann der Käufer aus dem Gesichtspunkte der condictio ob causam datam die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. So mit Recht die herrschende Lehre (vgl. die Literatur bei Örtmann S. 346 lit. β). Dieses Ergebnis steht auch mit den Grundsätzen der Gefahrtragung vollständig im Einklang (vgl. dagegen z. B. Endemann a. a. O. S. 917 Anm. 10, aber auch seine hiemit offenbar im Wiederspruch stehende Bemerkung S. 947 Anm. 27); denn die Gefahrtragung bedeutet ja nur, daß es dem Kaufpreisanspruch des Ver-

käufers nicht schadet, wenn die Sache untergegangen oder schlechter geworden ist. Nicht der Sachuntergang u. s. w. schadet hier dem Kaufpreisanspruch, dessen Rechtsgrund entfällt, sondern der Eintritt der auflösenden Bedingung trotz des Sachuntergangs u. s. w. Der Käufer muß sich ja nur so behandeln lassen, wie wenn er die Sache noch in dem Zustande hätte, wie sie ihm übergeben wurde, nicht besser — denn dann wäre die Gefahr nicht übergegangen — aber auch nicht schlechter — denn weitergehende Wirkungen liegen außerhalb des Bereichs der Gefahrtragung.

Für den Kauf in „Bausch und Bogen" gilt nichts Besonderes. Mit der „Übergabe" nach § 446 oder spätestens nach § 323, jedenfalls aber nicht analog dem Fall des § 2380 geht, soweit nicht andere Parteivereinbarung im einzelnen Falle dem Vertrage zu entnehmen ist, die Gefahr über.

Ebenso gilt sowohl § 446, wie § 323 und § 447 für den Fall des Gattungskaufs, der sohin nach B. G.-B. nicht mehr die Schwierigkeiten bereiten kann, wie nach gemeinem Recht.

Auch beim Kaufe mit Eigentumsvorbehalt (vgl. § 455 B. G.-B.) geht die Gefahr, wie wir früher schon erwähnt haben, mit der Übergabe auf den Käufer über; andernfalls ergäben sich die bekannten ganz unannehmbaren Konsequenzen bezüglich des Rechts auf die Nutzungen und bezüglich der Gewährleistungsansprüche, ganz abgesehen davon, daß, wie wir ausführlich erörtert haben, der Eigentumsübergang nicht für den Gefahrübergang bedingend ist. Hier ist nur mehr nachzuholen, daß bei diesem Kaufe nur der Eigentumsübergang aufschiebend bedingt ist, nicht dagegen die anderen Wirkungen des Kaufvertrags, so daß hieraus keine Schwierigkeiten für den Gefahrübergang sich ergeben können. Wenn aber schließlich Endemann (a. a. O. S. 972 Anm. 22) behauptet, die Übergabe erfolge hier nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung, daher gehe auch die Gefahr nicht über, so ist dies unrichtig, denn mit der Zahlung des Kaufpreises geht ipso iure das Eigentum auf den Käufer über, und wäre die Übergabe nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt, so hinge die Rechtswirkung des Eigentumserwerbs vollständig in der Luft.

Die einschlägige Judikatur nimmt daher auch mit Recht für diesen Fall den Eintritt des Gefahrübergangs an. (Vgl. Urteil des O. L.-G. Darmstadt vom 24. Mai 1907 abgedruckt in Seufferts Archiv Band 63 Nr. 100; dort auch reiche Literaturangaben).